



Universidad  
de Alcalá

# Aspectos esenciales del delito de estafa en el Código Penal español

Essential aspects of the crime of fraud in the Spanish Penal Code

## Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogado

Presentado por:

D<sup>a</sup> ALBA FERNÁNDEZ MORÓN

Dirigido por:

Dra. CARMEN PÉREZ-SAUQUILLO MUÑOZ

Alcalá de Henares, a 29 de enero de 2019

# Índice

RESUMEN.....	5
ABREVIATURAS UTILIZADAS .....	7
INTRODUCCIÓN.....	8
CAPÍTULO I. ASPECTOS PRELIMINARES: ANTECEDENTES LEGISLATIVOS, CONCEPTO Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO .....	10
1. Antecedentes legislativos.....	10
2. Concepto y elementos.....	12
3. Bien jurídico protegido.....	13
3.1. El patrimonio como <i>universitas iuris</i> . ....	14
3.2. Concepción jurídica del patrimonio. ....	15
3.3. Concepción económica del patrimonio.....	16
3.4. Concepción mixta o jurídico-económica del patrimonio. ....	17
3.5. Concepto personal de patrimonio.....	18
CAPÍTULO II. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO BÁSICO DEL DELITO DE ESTAFA.....	2
1. El engaño.....	2
1.1. Concepto.....	2
1.2. El engaño por omisión.....	4
1.3. Elementos del engaño.....	5
1.4. Engaño y juicios de valor.....	10
1.5. Deberes de autoprotección de la víctima.....	10
2. El error.....	13
3. Acto de disposición patrimonial.....	15
4. Perjuicio.....	17
CAPÍTULO III. ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO BÁSICO DEL DELITO DE ESTAFA.....	2
1. Ánimo de lucro.....	2
2. Dolo.....	4
2.1. Dolo civil y dolo penal.....	6
CAPÍTULO IV. PENALIDAD DEL DELITO DE ESTAFA.....	2
1. La llamada “excusa absolutoria” del artículo 268 del CP.....	3
CAPÍTULO VI. FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN .....	2
1. Actos preparatorios punibles.....	3
1.1. Conspiración.....	4
1.2. Proposición.....	4
1.3. Provocación.....	5

2. Tentativa .....	5
CONCLUSIONES.....	8
BIBLIOGRAFÍA.....	12

## RESUMEN

En el presente trabajo vamos a realizar un estudio tanto doctrinal como jurisprudencial del tipo básico del delito de estafa del 248.1 CP, sin entrar de una manera demasiado profunda en los tipos equiparados a la estafa del artículo 248.2 ni en las estafas agravadas del artículo 250 del CP.

Para ello, vamos a exponer los antecedentes legislativos que han desembocado en el actual concepto, mucho más acertado, del delito de estafa. Continuaremos con un análisis más exhaustivo del bien jurídico protegido, entrando en los distintos conceptos que la doctrina da sobre el patrimonio.

De una forma muy detallada vamos asimismo a analizar los diferentes elementos del delito de estafa (tanto los objetivos –engaño, error, acto de disposición patrimonial y perjuicio– como los subjetivos –dolo y ánimo de lucro–). Mencionaremos a continuación las diferentes penas establecidas por nuestro Código Penal para el delito de estafa y, por último, abordaremos las diferentes formas imperfectas de ejecución de este delito.

**PALABRAS CLAVE:** Estafa. Error. Engaño. Acto de disposición. Perjuicio. Ánimo de lucro. Dolo. Patrimonio.

## ABSTRACT

In the present work we are going to carry out a doctrinal and jurisprudential study of the basic type of the crime of fraud (art. 248.1 CP), without going too deeply into the types of art. 248.2 or the aggravated fraud of article 250 of the Spanish Criminal Code.

To do this, we will expose the legislative history that has led to the current, much more successful, concept of fraud. We will continue with a more exhaustive analysis of the protected legal good, entering into the different concepts that the doctrine gives about the patrimony.

In a very detailed way we will analyze the different elements of the crime of fraud (both the objective –scam, error, act of disposition and damage– and the subjective ones –intent and profit motive–). We will continue mentioning the different penalties established by our Criminal Code for the crime of fraud; and, finally, we will address the different imperfect forms of execution of this crime.

**KEY WORDS:** Fraud. Scam. Error. Act of disposition. Damage. Profit motive. Intent. Heritage.

## **ABREVIATURAS UTILIZADAS**

CP	Código Penal
FJ	Fundamento Jurídico
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	Ley Orgánica
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STS/SSTS	Sentencia/s del Tribunal Supremo

## INTRODUCCIÓN

El delito de estafa se encuentra regulado dentro de nuestro Código Penal bajo la rúbrica “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”. De manera más concreta, el delito de estafa es un delito contra el patrimonio, ya que precisamente el bien jurídico protegido de este delito es (según la mayoría de la doctrina) el patrimonio de la persona.

En particular, con el presente trabajo de fin de máster pretendo analizar de forma precisa y detallada los elementos esenciales (objetivos y subjetivos) del tipo básico del art. 248.1 CP, que por tratarse de uno de los delitos más clásicos contra el patrimonio ha generado abundantes debates e interesantes reflexiones. Así pues, he dejado fuera del objeto de este trabajo tanto las modalidades asimiladas a la estafa del 248.2 CP como las estafas agravadas del artículo 250 del CP, dejando su estudio para otra ocasión; en el capítulo cuarto mencionaré brevemente las estafas agravadas a efectos de su penalidad, sin entrar sin embargo en el análisis de sus elementos. Para la realización de este trabajo se han abordado diversas sentencias (sobre todo del Tribunal Supremo) para poder ampliar desde una visión jurisprudencial el estudio de la materia que nos ocupa.

En el primer capítulo del trabajo voy a hablar de los antecedentes legislativos que han llevado hasta los actuales artículos 248-251 bis de nuestro CP, actual regulación del delito de estafa; esbozaré el concepto del delito de estafa y avanzaré someramente los elementos que lo componen; por último, analizaré en profundidad el bien jurídico protegido (el concepto de patrimonio), así como las diferentes teorías y concepciones del mismo dadas por la doctrina.

En el segundo capítulo analizaré los elementos objetivos del delito de estafa: engaño, error, acto de disposición patrimonial y perjuicio. Definiré cada uno de los elementos y los analizaré en profundidad, apoyándome para ello en la doctrina y en diferentes resoluciones judiciales relativas a la estafa.

El tercer capítulo trata acerca de los elementos subjetivos del delito de estafa: el dolo y el ánimo de lucro. Estos elementos son más complicados de demostrar, debido a que tienen una dimensión más “psicológica”, ya que pueden intuirse pero no observarse. En este capítulo abordo asimismo las diferencias entre el dolo civil y el delito de estafa, para lo cual he mencionado diferentes sentencias del Tribunal Supremo donde estas diferencias se hacen más patentes.

En el cuarto capítulo hablo acerca de la penalidad en el delito de estafa. Aquí voy a analizar los artículos 249-251 del CP, los cuales establecen diferentes penas según distintos criterios a tener en cuenta: el importe de lo defraudado, la situación en la que se deja a la víctima o a su familia, si la estafa recae sobre bienes de primera necesidad, etc. También voy a tratar dentro de este capítulo la llamada “excusa absolutoria” o condición personal de exclusión de la punibilidad que afecta a este delito, con referencia a su concepto, regulación jurídica y los casos en los que se aplica.

Por último, el capítulo quinto lo dedicaré brevemente a las formas imperfectas de ejecución del delito de estafa: los actos preparatorios punibles (provocación, conspiración y proposición) y la tentativa en sus diferentes clases (acabada e inacabada, idónea, inidónea e irreal).



# **CAPÍTULO I. ASPECTOS PRELIMINARES: ANTECEDENTES LEGISLATIVOS, CONCEPTO Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO**

## **1. Antecedentes legislativos.**

Antes de comenzar a hablar sobre el concepto y el bien jurídico protegido en el delito de estafa, vamos a comentar los antecedentes legislativos de este delito, desde su primera regulación en nuestro Código Penal hasta su regulación actual, destacando aquellos con mayor trascendencia en cuanto a la regulación del delito de estafa. La estafa es un delito que comienza a ser objeto de elaboración y tratamiento dogmático desde mediados del siglo XIX y todavía es fruto de intensas discusiones<sup>1</sup>.

La primera regulación que tuvo en nuestra legislación penal el delito de estafa se remonta al Código Penal (en adelante CP) de 1822, cuyo artículo 766 castigaba al que “con algún artificio, engaño, superchería, práctica supersticiosa u otro embuste semejante hubiere sonsacado a otros dineros, efectos o escrituras, o le hubiere perjudicado de otra manera en sus bienes, sin alguna circunstancia que le constituya verdadero ladrón, falsario o reo de otro delito especial, sufrirá la pena de reclusión por el tiempo de un mes a dos años, y una multa de cinco a cincuenta duros, sin perjuicio de la mayor pena que merezca como ladrón, falsario o reo de otro delito, si juntamente lo fuere.”. Así mismo, el artículo 768 del mismo cuerpo legislativo castigaba con una pena mayor a aquellos que habitualmente cometan el delito tipificado en el artículo 766; y, además, el artículo 771 protegía especialmente de este delito a los menores de edad y a las personas declaradas incapaces.

El CP de 1848 amplía los casos de delito de estafa en comparación con los que estaban previstos en la legislación anterior; de esta manera, se va configurando paulatinamente el concepto del delito de estafa y se incluyen nuevas formas de ejecución de este delito. Lo más destacable de la regulación de este cuerpo legal es la supresión de la especial protección a los incapaces que otorgaba el CP de 1822 y la limitación de la protección de los menores de edad a los casos de obligaciones, descargos o transmisiones de derechos por razón de préstamos.

---

<sup>1</sup> LEYTON JIMÉNEZ, J.F., Los elementos típicos del delito de estafa en la doctrina y jurisprudencia contemporáneas, *Ars boni et equi*, nº 10, 2010, pág. 124.

El CP de 1944, siguiendo un rígido sistema cuantitativo para la determinación de las penas, introdujo, como novedad más notable, la de sancionar, en Sección aparte dentro de las “defraudaciones”, en general, el delito de apropiación indebida<sup>2</sup>.

El Código Penal de 1973, en la Sección 2ª “de las estafas y otros engaños”, castigaba a los que defraudaren a otro en la “sustancia, cantidad o calidad de las cosas que le entregare en virtud de un título obligatorio” (art. 528). El art. 529 castigaba igualmente como reos de delitos de estafa al que “defraudare a otro usando de nombre fingido, atribuyéndose poder, influencia o cualidades supuestas, aparentando bienes, crédito, saldo en cuenta corriente, comisión, empresa o negociaciones imaginarias...”. También se castigaba a los plateros y joyeros que defraudaren, a los traficantes que usaren pesos o medidas falsos y a los que defraudaren con pretexto de supuestas remuneraciones a funcionarios públicos. A todos ellos se les castigaba con las penas en su grado máximo.

No es hasta la LO 8/1983 cuando el legislador da una definición mucho más exacta del delito de estafa, y es aquí cuando se introducen dos elementos del delito de estafa: el engaño bastante y el error. Dice el art. 528 del citado cuerpo legal que “cometen estafas los que con ánimo de lucro utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio de sí mismo o tercero”. Esta LO dejó sin contenido los artículos 530 (agravante específica de plurirreincidencia) y 533 (supuesto genérico de estafa) del Código Penal de 1973<sup>3</sup>.

Finalmente, es nuestro Código Penal actual, que mantiene la misma definición de delito de estafa que la LO 8/1983, el que introduce la estafa informática en su artículo 248.2, como novedad de este delito. Otro de los cambios significativos de la LO 10/1995 es la sustitución de la antigua rúbrica “de las estafas y otros engaños” por “de las estafas”. Asimismo, deja fuera del Capítulo referente a las defraudaciones las “insolvencias punibles” y los delitos relativos a la “propiedad intelectual e industrial”, que el anterior Código establecía en el mismo epígrafe “de las defraudaciones”. Mediante la LO 15/2003, de 25 de noviembre, y la LO 5/2010, de 22 de junio, se amplían progresivamente las modalidades equiparadas a la estafa, agrupándose todas ellas en el art. 248.2 junto a la ya mencionada estafa informática. Con la LO 1/2015, de 30 de marzo, las estafas agravadas contempladas en el art. 250 CP alcanzan un total de ocho.

---

<sup>2</sup> ARROYO DE LAS HERAS, A., Los delitos de estafa y falsedad documental, ed. Bosch, Barcelona, 2005, pág. 12.

<sup>3</sup> *Idem*.

## 2. Concepto y elementos.

El delito de estafa aparece regulado dentro de nuestro CP en los artículos 248 a 251 bis del citado cuerpo legal.

El concepto de estafa que nos da el CP en su artículo 248.1 es el siguiente: “Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno”.

CHOCLÁN MONTALVO nos proporciona una definición de lo más completa del delito de estafa, donde se pueden apreciar cada uno de sus elementos; según él, la estafa es aquel comportamiento del sujeto activo que, con ánimo de enriquecimiento injusto, induce a otro a una disposición patrimonial mediante la alegación de hechos falsos u ocultación de los verdaderos, produciendo o reforzando la falsa representación del sujeto pasivo, inevitable con el empleo de la diligencia de la que era capaz y exigible en la situación concreta, y de la que resulta un perjuicio en su patrimonio<sup>4</sup>.

Dentro de esta definición encontramos los elementos esenciales del delito de estafa, los cuales son definitorios del propio delito: tales elementos son el engaño, el error, el acto de disposición patrimonial, el perjuicio y el ánimo de lucro. A continuación se hará una breve referencia a cada uno de ellos, sin perjuicio de que sean desarrollados más adelante en el capítulo siguiente.

1º) El *engaño* ha de ser precedente al acto de disposición patrimonial y bastante para producir error en el sujeto pasivo. Engaño bastante quiere decir que revista de suficiente entidad para conseguir los fines propuestos del sujeto activo, teniendo en cuenta también las circunstancias del sujeto pasivo, así como su edad, madurez, etc.

2º) La producción de un *error* en el sujeto pasivo, como consecuencia de ese engaño, que le lleve a realizar una disposición patrimonial con la voluntad viciada.

3º) *Acto de disposición patrimonial*, que debe conllevar un *perjuicio patrimonial* como consecuencia del engaño y del error.

4º) *Ánimo de lucro* como elemento subjetivo, consistente en la intención de obtener en una ventaja patrimonial para el sujeto activo o para una tercera persona.

---

<sup>4</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J.A., El delito de estafa, 2ª ed., Barcelona, ed. Bosch, 2009, pág. 102.

5º) Cabría precisar, con algunos autores, que debe asimismo existir un nexo causal y una relación de imputación objetiva entre el engaño producido por el sujeto activo y el perjuicio patrimonial al sujeto pasivo<sup>5</sup>.

### **3. Bien jurídico protegido.**

Ya el propio CP en su Título XIII, dentro del cual encontramos el delito de estafa, nos da una idea muy acertada del bien jurídico protegido en este delito en concreto, ya que el Título XIII habla de “delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico”.

La doctrina es mayoritaria a la hora de considerar como bien jurídico protegido del delito de estafa el patrimonio. Tanto es así, que para DOPICO GÓMEZ-ALLER la estafa se consuma con la producción de un acto de disposición que perjudica *patrimonialmente* al sujeto pasivo. Si *ex ante* considerado el acto no puede producir perjuicio patrimonial, el fraude no es constitutivo de estafa<sup>6</sup>.

Otra de las posiciones acerca de cuál es el bien jurídico protegido en el delito de estafa es la de considerar como bien jurídico la buena fe dentro del tráfico jurídico. Para BAJO FERNÁNDEZ es un error desafortunado considerar la buena fe como bien jurídico protegido del delito de estafa, ya que, si así se hiciese, habría que considerar el engaño como resultado típico y no como modalidad de la conducta; además ello conllevaría otorgar al sujeto un derecho a la verdad<sup>7</sup>. Sin embargo, CHOCLÁN MONTALVO no se opone a esta cuestión, en cuanto considera que el delito de estafa presenta en sí un componente falsario, y, con ello, que la norma pueda perseguir la evitación de conductas engañosas como perturbadoras de la buena fe requerida en las relaciones sociales<sup>8</sup>. Dicho autor considera como bien jurídico protegido, además de la buena fe en el tráfico jurídico el mantenimiento de la verdad y la lealtad, el patrimonio.

En Derecho Penal no hay un concepto de patrimonio como tal, sino que existen teorías del patrimonio y concepciones del mismo.

---

<sup>5</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M., Los delitos de estafa en el Código Penal, Madrid, editorial universitaria Ramón Areces, 2004, pág. 30.

<sup>6</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., Los delitos de estafa en el tráfico inmobiliario, en: Pozuelo Pérez (dir.), Derecho Penal de la Construcción: aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo, 2ª ed., Granada, editorial Comares, 2012, pág. 155.

<sup>7</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M., Los delitos de estafa en el Código Penal, 2004, pág. 16.

<sup>8</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J.A., El delito de estafa, 2ª ed., 2009, pág. 77.

Parte de la doctrina mayoritaria diferencia entre los delitos patrimoniales en sentido amplio y delitos patrimoniales en sentido estricto. Los primeros tutelan la posición jurídica del sujeto pasivo al que se sustrae la cosa, ya que van referidos a la apropiación de cosas muebles ajenas, protegiendo la propiedad incluso contra ataques que no le causan a la víctima ningún perjuicio desde el punto de vista del saldo, por lo que el objeto material del delito puede consistir en bienes u objetos que poseen un mero valor de afección no correspondiente con un valor económico relevante. Los segundos se configuran típicamente a partir del ataque dirigido a la producción de un perjuicio en el patrimonio de la víctima, entendido como entidad económica, de tal forma que únicamente se protegen aquellas agresiones que provocan un perjuicio per saldo<sup>9</sup>.

Debe destacarse además que hay una discusión doctrinal entre los que entienden el patrimonio como un todo o una globalidad y los que entienden que el patrimonio se compone de bienes determinados y son esos los que resultan lesionados individualmente, no de manera global.

### **3.1. El patrimonio como *universitas iuris*.**

Esta concepción entiende el patrimonio como una totalidad. El patrimonio es entendido como un todo, dentro del cual podemos encontrar diferentes derechos o bienes individuales del sujeto pasivo.

Es importante, ante esto, diferenciar entre el bien jurídico protegido (el patrimonio) y el objeto material del delito (que será cualquier elemento que integre el patrimonio de una persona, de manera más concreta)<sup>10</sup>.

Los partidarios de esta concepción consideran que en la estafa el bien que se lesiona es el patrimonio global del sujeto pasivo; de esta manera, resulta sencillo distinguir el delito de estafa (que lesiona el patrimonio en general) de otros delitos como, por ejemplo, el delito de hurto (que lesiona la propiedad).

Debido a que el patrimonio entendido globalmente es difícil de delimitar a la hora de establecer la lesividad en el delito de estafa, es importante que el sujeto pasivo del delito de estafa sepa concretar qué determinado elemento que integra su patrimonio ha sido lesionado; sobre todo, esto es importante a la hora de establecer la pena que se va a

---

<sup>9</sup> GALLEGO SOLER, J.I., Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pág. 41.

<sup>10</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M., Los delitos de estafa en el Código Penal, 2004, pág. 18.

aplicar en el delito de estafa, ya que el CP contempla diferentes tipos agravados de estafas según qué elemento patrimonial se haya lesionado (por ejemplo, si la estafa recae sobre determinados bienes de primera necesidad o sobre bienes integrados en el patrimonio histórico, artístico, cultural o científico).

BAJO FERNÁNDEZ nos resume y aclara esta cuestión cuando dice que el ataque a un elemento que integra el patrimonio (propiedad, posesión, derecho de crédito, etc.) solo puede constituir estafa cuando de él se derive una disminución del valor económico del patrimonio globalmente considerado, mientras que en otros tipos delictivos es suficiente con el ataque al elemento patrimonial para que se consume el delito, aun cuando el patrimonio, globalmente considerado, reste incólume o, incluso, beneficiado<sup>11</sup>. Un ejemplo de lo anterior sería el caso de quien produce la muerte de un viejo caballo inútil que el propietario conserva por pura relación afectiva: a pesar de que con la muerte del caballo se origina un beneficio por disminución de costos, en este caso nos encontramos ante un delito de daños.

En cambio, MUÑOZ CONDE no está a favor de considerar el patrimonio como un todo, ya que, para él, el bien jurídico que se protege en el delito de estafa es el patrimonio ajeno en cualquiera de sus elementos integrantes, ya sean bienes muebles o inmuebles, derechos, etc.<sup>12</sup>, que son los que resultan lesionados.

Tampoco es partidaria de considerar el patrimonio como *universitas iuris* ASUA BATARRITA, quien afirma que la lesión en el delito de estafa no puede contemplarse como un ataque al patrimonio como unidad de valor en una valoración global de toda su masa, sino como menoscabo de cualquier de sus elementos particulares<sup>13</sup>.

### **3.2. Concepción jurídica del patrimonio.**

Según esta concepción se entiende que patrimonio son todos aquellos derechos sobre los que una persona tiene disposición, así como sus deberes, aceptados previamente tanto por el Derecho público como por el Derecho privado.

---

<sup>11</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M., Los delitos de estafa en el Código Penal, 2004, pág. 20.

<sup>12</sup> MUÑOZ CONDE, F., Derecho Penal Parte Especial, 21ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pág. 374.

<sup>13</sup> ASUA BATARRITA, A., 1993, El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones): La teoría de la frustración del fin, ADPCP, nº 1, 1993, pág. 94.

Dentro de esta concepción de patrimonio entrarían únicamente los derechos subjetivos, así como aquellos derechos valorables económicamente, siempre y cuando exista un derecho de propiedad sobre ellos<sup>14</sup>.

Si aceptamos este concepto de patrimonio, estaríamos limitando demasiado el objeto de protección del delito de estafa, ya que dentro de esta concepción no entrarían determinados bienes susceptibles de valoración económica. Dentro de esta concepción tampoco se apreciaría delito de estafa cuando lo que se defrauda es una expectativa de derecho (por ejemplo, la clientela), o la estafa de prestaciones ilícitas (por ejemplo, el estafador que vende a su víctima una supuesta máquina de fabricar billetes)<sup>15</sup>.

Cuando hablamos de perjuicio patrimonial dentro de esta concepción de patrimonio, nos referimos a que el perjuicio tiene que ser jurídico, no económico, aunque en ocasiones pueden coincidir<sup>16</sup>. De esta forma, se sufre un perjuicio patrimonial cuando el titular del patrimonio no recibe la contraprestación jurídica acordada, independientemente del valor económico de la misma.

### **3.3. Concepción económica del patrimonio.**

En contraposición a la anterior concepción del patrimonio, esta lo considera como aquellos bienes que son susceptibles de valoración económica. Lo esencial para esta teoría es que la cosa se encuentre en el ámbito de dominio de una persona, que se encuentre bajo su poder de disposición, aunque esa posición de señorío o relación con la cosa o bien no sea reconocida por el Derecho<sup>17</sup>.

Algunos autores consideran que el error en el que cae esta teoría es considerar patrimonio aquellos bienes que posee una persona aunque lo haga antijurídicamente; de esta manera, cometería estafa aquella persona que recupera mediante engaño un bien que le han robado, por no ser su poseedor fácticamente, lo cual no tendría ningún sentido<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> CHOCLÁ MONTALVO, El delito de estafa, 2ª ed., 2009, pág. 66.

<sup>15</sup> *Idem*.

<sup>16</sup> GALLEGU SOLER, J.I., Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial, 2002, pág. 323.

<sup>17</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J.A., El delito de estafa, 2ª ed., 2009, pág. 67.

<sup>18</sup> En este sentido, BAJO FERNÁNDEZ, M., Los delitos de estafa en el Código Penal, 2004, pág. 22.

El daño patrimonial, de acuerdo con la concepción económica de patrimonio, surge cuando la entrega o prestación del disponente no es correspondida con la afluencia de un valor equivalente al patrimonio del disponente<sup>19</sup>.

#### **3.4. Concepción mixta o jurídico-económica del patrimonio.**

Esta teoría mezcla las dos anteriores concepciones de patrimonio y las fusiona para crear un concepto único del mismo. Un concepto de patrimonio según esta teoría podría ser el conjunto de bienes o derechos susceptibles de valoración económica que se encuentran unidos a su titular por una relación reconocida por el Derecho. Esta teoría es predominante entre la doctrina, al acercarse este concepto de patrimonio al objeto de protección del delito de estafa.

Sin embargo, hay algunos matices respecto de esta concepción de patrimonio que algunos autores como BAJO FERNÁNDEZ ponen de manifiesto. Según este autor, pertenece al patrimonio todo bien de carácter económico mientras revista de una apariencia jurídica, sin que sea necesario el real reconocimiento jurídico<sup>20</sup>.

A la hora de establecer el perjuicio patrimonial de acuerdo con esta concepción de patrimonio, es importante comparar el patrimonio del sujeto pasivo antes y después del acto de disposición realizado. El perjuicio patrimonial radica en la diferencia que existe entre el valor económico total del patrimonio tras la estafa y el valor que tendría si no se hubiese sufrido ésta<sup>21</sup>, de tal forma existe perjuicio patrimonial cuando la diferencia antes y después sea negativa.

Para MUÑOZ CONDE, el patrimonio es un conjunto de derechos y obligaciones, referibles a cosas u otras entidades, que tienen un valor económico y que deben ser valorables en dinero<sup>22</sup>. Es importante tener en cuenta el énfasis que hace a la hora de delimitar el concepto de patrimonio en que este tenga un valor económico, ya que el propio CP establece diferentes penas en función del importe que se haya defraudado. El artículo 249, párr. 2º establece una pena de multa de uno a tres meses (en lugar de la pena de prisión de 6 meses a 3 años del tipo básico) si el importe de lo que se ha defraudado no supera la cantidad de 400 euros; y el artículo 250 eleva la pena de prisión

---

<sup>19</sup> ASUA BATARRITA, A., , ADPCP, nº 1, 1993, pág. 99.

<sup>20</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M., Los delitos de estafa en el Código Penal, 2004, pág. 23.

<sup>21</sup> GALLEGU SOLER, J.I., Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial, 2002, pág. 336.

<sup>22</sup> MUÑOZ CONDE, F., DP, PE, 21ª ed., 2017, pág. 329.



de uno a seis años, junto a una multa de 6 a 12 meses, si el importe de lo defraudado supera los 50.000 euros. Por lo tanto, es importante que, a la hora de establecer una pena, el bien o derecho defraudado tenga un equivalente económico.

### **3.5. Concepto personal de patrimonio.**

Según esta teoría el patrimonio constituye una unidad personalmente estructurada, que sirve al desarrollo de la persona en el ámbito económico.

Este concepto de patrimonio no se basa tanto en la disminución económica sufrida por el sujeto pasivo, sino en la finalidad patrimonial que el mismo tiene de su propio patrimonio y el poder y la libertad de disposición sobre el mismo<sup>23</sup>.

En este caso, se produce una lesión del patrimonio cuando se “merma la capacidad económica concebida como el poder o señorío sobre bienes que posibilitan la satisfacción de las necesidades, en sentido amplio, del titular”<sup>24</sup>.

Un ejemplo muy ilustrativo de esta concepción de patrimonio es el famoso caso del “aceite de la colza”. En este mediático caso, una gran cantidad de personas adquirieron aceite para uso industrial con el convencimiento de que ese aceite era comestible, pero el precio del aceite se correspondía con su valor económico.

En el Fundamento Jurídico 9º de la STS 23 de abril de 1992 se afirma lo siguiente: “En la doctrina moderna el concepto personal de patrimonio, según el cual el patrimonio constituye una unidad personalmente estructurada, que sirve al desarrollo de la persona en el ámbito económico, ha permitido comprobar que el criterio para determinar el daño patrimonial en la estafa no se debe reducir a la consideración de los componentes objetivos del patrimonio. El juicio sobre el daño, por el contrario, debe hacer referencia también a componentes individuales del titular del patrimonio. Dicho de otra manera: el criterio para determinar el daño patrimonial es un criterio objetivo-individual. De acuerdo con este, también se debe tener en cuenta en la determinación del daño propio de la estafa la finalidad patrimonial del titular del patrimonio. Consecuentemente en los casos en los que la contraprestación no sea de menor valor objetivo, pero implique una frustración de aquella finalidad, se debe apreciar también un daño patrimonial. En el caso que ahora se juzga no cabe duda que la contraprestación ha resultado inservible en

---

<sup>23</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M., Los delitos de estafa en el Código Penal, 2004, pág. 24.

<sup>24</sup> *Idem*.

relación al fin contractualmente perseguido por los compradores de aceite, toda vez que éstos pretendían adquirir un comestible, pero a cambio recibieron un producto cuyo valor pudo ser equivalente al precio pagado, pero que no era comestible. Desde el punto de vista del criterio objetivo-individual para la determinación del daño patrimonial, en consecuencia, el daño producido a los compradores del aceite es también el daño patrimonial en el sentido de la estafa”.

Para CHOCLÁN MONTALVO el concepto personal de patrimonio no se determina por la existencia de una disminución patrimonial cuantificable en términos económicos, sino que atiende, a los efectos de determinar si concurre o no daño patrimonial, a la frustración o imposibilidad de obtener el objetivo social o económico pretendido<sup>25</sup>.

Al hilo de esto, surge en los años sesenta en Alemania la teoría de la frustración del fin, o mejor dicho, teoría de la frustración del fin social, la cual estaba concebida en principio para prestaciones gratuitas. Esta teoría parte de la insuficiencia del criterio económico objetivo para evaluar la presencia del daño patrimonial en las prestaciones unilaterales, dado que la disminución patrimonial en parámetros dinerarios es inherente al carácter gratuito de tales disposiciones. El daño patrimonial no puede consistir sin más en aquella disminución, por lo que se requiere atender a la frustración o imposibilidad de obtener el objetivo social o económico pretendido, extremo sobre el que el disponente resulta engañado por el autor de la defraudación<sup>26</sup>.

Un ejemplo de estafa sobre prestaciones gratuitas es el famoso caso de Nadia. En este caso se condenó a los padres de la niña a una pena de prisión de 5 y 3 años y medio por un delito continuado de estafa, ya que éstos obtuvieron un beneficio de más de 400.000 euros debido a las donaciones y entregas de dinero que hacía la gente movida por el engaño de los padres, los cuales afirmaban que necesitaban ese dinero para investigar y tratar la enfermedad de su hija, aunque para lo que lo utilizaron realmente fue para sufragar diversos gastos de carácter personal.

---

<sup>25</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J.A., El delito de estafa, 2ª ed., 2009, pág. 71.

<sup>26</sup> ASUA BATARRITA, A., 1993, , ADPCP, nº 1, 1993, pág. 82.

## **CAPÍTULO II. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL TIPO BÁSICO DEL DELITO DE ESTAFA.**

Dentro de los diferentes tipos penales están los llamados elementos objetivos y subjetivos. Los objetivos son aquellos que caracterizan objetivamente el supuesto de hecho de la norma penal; y los subjetivos son aquellos que se refieren al contenido de la voluntad que rige la acción (dolo, imprudencia y otros elementos subjetivos): resultan difíciles de probar, ya que se pueden deducir de las acciones que lleva a cabo el sujeto, pero no se pueden observar de manera directa<sup>27</sup>. En este capítulo se hablará de los elementos objetivos.

En cuanto a los sujetos del delito de estafa, encontramos el sujeto activo y el sujeto pasivo (que a su vez se divide en dos). El sujeto activo del delito es quien lleva a cabo la acción y quien finalmente consuma el delito de estafa. El sujeto pasivo en este caso no tiene por qué ser solo una persona, sino que pueden ser dos. Por un lado, cabe hablar del *sujeto pasivo de la acción*, es decir, aquella persona a la cual el sujeto activo engaña para conseguir el acto de disposición patrimonial; este puede coincidir o no con el *sujeto pasivo del delito*, que es quien en realidad sufre las consecuencias de la estafa, ya que es quien sufre una disminución en su patrimonio.

A lo largo de los siguientes capítulos se mencionarán los sujetos del delito, pero no se analizarán de manera expresa, ya que me centraré en los elementos esenciales de la conducta típica del delito de estafa.

### **1. El engaño.**

#### **1.1. Concepto.**

A diferencia de otros delitos patrimoniales, en el delito de estafa, el sujeto pasivo realiza un acto de disposición patrimonial inducido por el error que le ha provocado el sujeto activo. Sin embargo, no es hasta que el delito ha sido consumado cuando la víctima se da cuenta del engaño y del acto de disposición patrimonial que, hasta ese momento, ha realizado por propia voluntad, sin que el sujeto activo haya utilizado ningún tipo de violencia sobre él. No ocurre así, por ejemplo, en el robo con violencia e intimidación,

---

<sup>27</sup> MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., DP, PG, 9ª ed., 2015, p. 257.

donde el traspaso patrimonial de la víctima se consigue mediante el uso de la violencia o la intimidación.

Para ARROYO DE LAS HERAS, el engaño como elemento objetivo es el requisito fundamental del delito de estafa, siendo su elemento más significativo, esencial y definitorio<sup>29</sup>. El concepto de engaño es muy semejante al que se recoge en el Diccionario de la Real Academia Española, según el cual engañar es hacer creer a alguien que algo falso es verdadero, y engaño es la falta de verdad en lo que se dice, hace, cree, piensa o discurre<sup>30</sup>. CHOCLÁN MONTALVO aclara por su parte que el engaño es el medio típico para la inducción a la disposición patrimonial<sup>31</sup>.

El engaño al que nos referimos en el tipo de la estafa no se refiere a la mentira, es decir, a decir lo contrario de lo que se *piensa*, sino que se refiere más bien a expresar con palabras o con hechos lo contrario a la *realidad*, y para que exista dolo, el autor del engaño debe conocer la incongruencia entre lo que dice y la realidad<sup>32</sup>. El engaño como elemento objetivo del delito de estafa tiene que tener más entidad que una simple mentira para conducir a error a la víctima y motivar que realice el acto de disposición. La doctrina francesa ha acuñado lo ya conocido como *mise en scène*, es decir, la puesta en escena, que consistiría en dar una credibilidad a la mentira de tal forma que pueda engañar a la víctima o terceras personas<sup>33</sup>.

Sin embargo, BALMACEDA HOYOS sí acepta la mentira como la producción de un engaño bastante, al afirmar que el engaño se concibe como aquella conducta -cualquiera, incluso la simple mentira- que sea idónea objetivamente para crear un riesgo típicamente relevante, de producción de un acto de disposición por error que desemboque en un perjuicio patrimonial<sup>34</sup>.

Además, no es necesario que el engaño se limite exclusivamente al ámbito patrimonial, aunque la acción defraudatoria sí lesiona el patrimonio. Tanto la doctrina como la jurisprudencia se suman a la calificación delictiva de la llamada estafa amorosa, en la

---

<sup>29</sup> ARROYO DE LAS HERAS, A., Los delitos de estafa y falsedad documental, 2005, pág. 22.

<sup>30</sup> Diccionario de la Real Academia Española [en línea]. Recuperado de: [www.rae.es](http://www.rae.es) [consulta: 20/12/18]

<sup>31</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J.A., El delito de estafa, 2ª ed., 2009, pág. 99.

<sup>32</sup> Véase capítulo III, apartado 2.

<sup>33</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M., Los delitos de estafa en el Código Penal, 2004, pág. 33.

<sup>34</sup> BALMACEDA HOYOS, G., El delito de estafa: una necesaria normativización de sus elementos típicos, Revista Estudio Socio-Jurídicos, nº 2, 2011, pág. 183.

que los afectos simulados o la promesa de matrimonio son el medio para apoderarse de los bienes de la víctima a través del error provocado<sup>35</sup>.

## **1.2. El engaño por omisión.**

El engaño por omisión en el delito de estafa es un tema que ha generado mucho debate, por lo que a continuación se expondrán las diversas posiciones de las que parte la doctrina a la hora de establecer su concepto y si se acepta o no en el delito de estafa.

Según la doctrina y la mayoría de la jurisprudencia el engaño puede ser comisivo u omisivo. En el engaño omisivo el sujeto activo no engaña a la víctima con palabras o hechos para darle una apariencia de realidad y conducirlo a error, sino que no le comunica al sujeto pasivo determinadas circunstancias o hechos sobre los que está obligado a informar y que conducen a error al sujeto pasivo, o que, de haberlos conocido, le hubieran hecho modificar su conducta. Este tipo de engaño aparece expresamente previsto en el artículo 251.2º del C.P., el cual se refiere a la estafa por disposición de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma.

Para CHOCLÁN MONTALVO la tipicidad de la omisión quedaría, pues, limitada a los supuestos en que la omisión contraria al deber jurídico de impedir la lesión patrimonial determina el nacimiento del error, pero no sería apreciable cuando, a pesar de la existencia de aquel deber que fundamenta la posición de garantía, la omisión determina que perviva o se mantenga un error que se produjo en la esfera de la propia víctima<sup>36</sup>.

ARROYO DE LAS HERAS afirma la existencia del engaño omisivo en el delito de estafa siempre y cuando la conducta omisiva tenga eficacia causal en la producción del error en el sujeto pasivo y sea determinante del acto de disposición y consiguiente perjuicio<sup>37</sup>.

DOPICO nos aproxima al concepto de engaño omisivo afirmando que en esos supuestos el defraudador negocia y contrata con la víctima (conducta activa), pero silenciando un

---

<sup>35</sup> MANZANARES SAMANIEGO, J.L., Comentarios al Código Penal: tras las Leyes orgánicas 1/2015, de 30 de marzo, y 2/2015, de 30 de marzo, Madrid, Wolters Kluwer, 2016, pág. 892.

<sup>36</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J.A., El delito de estafa, 2ª ed., 2009, pág. 163.

<sup>37</sup> ARROYO DE LAS HERAS, A., Los delitos de estafa y falsedad documental, 2005, pág. 23.

dato que, de haber sabido ésta, la hubiese hecho abstenerse de dicho negocio<sup>38</sup>. El propio autor mencionado habla de emisión activa de medias verdades, que define como un mensaje que, por omitir una matización debida en virtud de un deber de información, significa algo distinto de lo que espera el receptor<sup>39</sup>. Dicho autor deja claro que el concepto de engaño omisivo es ambiguo, así como la dificultad de establecer con claridad si en determinados supuestos nos encontramos con acciones u omisiones. Es por ello que lo importante y determinante para DOPICO es establecer en cada supuesto qué está manifestando el autor con su media verdad; si es engañosa, si es suficiente para producir error en la víctima, y si es a ella a quien se debe imputar la disposición del engañado.

Sin embargo, LEYTON JIMENEZ, se aparta de la consideración de que una de las formas de engaño puede consistir en no comunicar determinadas circunstancias a la víctima o en mantenerla en el engaño, ya que para él el comportamiento omisivo no es constitutivo de engaño salvo en el caso de la persona que tiene una obligación legal de hacer salir del error a quien ha incurrido en este<sup>40</sup>. En la misma línea, BAJO FERNÁNDEZ considera que los supuestos de omisión deberían quedar en el ámbito civil por el menor desvalor de acción que representan<sup>41</sup>.

### **1.3. Elementos del engaño.**

No todo engaño es penalmente relevante ni se considera idóneo al tipo de la estafa. En este sentido, la STS 94/2002, de 2 de febrero, se pronuncia de la siguiente manera: “no todo engaño sirve suficiente para determinar la existencia de estafa, sino que es preciso que sea bastante y suficiente para producir el efecto inductor de la ajena voluntad para disponer de bienes patrimoniales, por lo que se habrá de excluir la utilización de engaños que sean fantásticos, absurdos, ilusorios y, en definitiva, increíbles para la generalidad de las gentes con capacidad intelectual y sensatez dentro de la media normal. Y, por otra parte, comoquiera que ha de ser el engaño medio para determinar la ajena voluntad es necesario que anteceda temporalmente a esta y la provoque y determine en rigurosa vía causal”. De esta forma, no hay engaño suficiente como para considerar que existe delito de estafa en aquellos casos de tarotistas, curanderos, etc.

---

<sup>38</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., en: Pozuelo Pérez, Derecho Penal de la Construcción, 2ª ed., 2002, pág. 197.

<sup>39</sup> *Ibidem*, pág. 200.

<sup>40</sup> LEYTON JIMENEZ, J.F., ABEA, nº 10, 2010, pág. 140.

<sup>41</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M., Los delitos de estafa en el Código Penal, 2004, pág. 43.

Al hilo de lo anterior, en el engaño concurren unos determinados requisitos para considerarlo relevante penalmente hablando, y son los siguientes:

- a) Engaño precedente. Del propio artículo 248 del CP se desprende la idea de que el engaño debe preceder al acto de disposición patrimonial que realiza el sujeto pasivo. La acción del engaño y del dolo deben coincidir temporalmente, no siendo válido -como se verá- el llamado “dolo subsequens”<sup>42</sup>. El engaño debe ser la causa directa del error del sujeto pasivo, lo que provoque que este realice una disposición patrimonial; por ello mismo, el engaño debe anteceder a la disposición patrimonial.

Dentro de este epígrafe hay que destacar los llamados “negocios jurídicos criminalizados”, que se producen cuando en el ámbito de un aparente negocio jurídico totalmente válido, una de las partes sabe de antemano que no va a cumplir con la contraprestación pactada, beneficiándose así tanto de su propio incumplimiento como del cumplimiento de la otra parte, quien realiza un acto de disposición patrimonial como consecuencia del error inducido por el sujeto activo. El engaño en estos negocios jurídicos criminalizados se descubre con posterioridad, aunque el delito queda consumado al realizarse el acto dispositivo por parte del engañado<sup>43</sup>. La delimitación entre aquellos casos constitutivos de un delito de estafa, los casos de dolo civil *ex arts. 1269 ss. CC* y los meros incumplimientos contractuales sobrevenidos no es sencilla, especialmente entre los dos primeros. A tales efectos se han utilizado distintos criterios<sup>44</sup>, si bien a menudo la jurisprudencia ha considerado que el negocio jurídico constituye delito de estafa si cumple con el requisito esencial del engaño precedente, ya que el dolo de engañar a la víctima existe antes de que esta realice el acto de disposición patrimonial. Lo realmente complicado en estos negocios jurídicos criminalizados es probar que el autor realmente sabía antes de llevar a cabo el negocio o celebrar el contrato que no lo iba a cumplir y con ello iba a sacar provecho y beneficio de la actuación de la víctima. Aquí tiene un papel clave la denominada “*mise en scène*”, ya que si la acusación logra probar que el sujeto ya desde un inicio estaba haciendo uso de ciertos medios engañosos, podrá

---

<sup>42</sup> Véase capítulo III, apartado 2.

<sup>43</sup> ARROYO DE LAS HERAS, A., Los delitos de estafa y falsedad documental, 2005, pág. 26.

<sup>44</sup> Véase *infra*, capítulo III, apartado 2.1 sobre las diferencias entre el dolo civil y el llamado dolo penal (estafa).

demostrar con ello que el sujeto no estaba contratando de buena fe y con intención de cumplir, sino que desde un inicio desplegó una actividad mendaz dirigida a inducir a la víctima a un acto de disposición<sup>45</sup>. No habrá delito de estafa si se trata de un incumplimiento por causas sobrevenidas, o si el engaño antecedente no logra ser probado<sup>46</sup>.

- b) El engaño debe ser causante del acto de disposición patrimonial: esto quiere decir que debe existir un nexo causal entre el engaño y el acto de disposición, el cual se debe haber llevado a cabo como consecuencia del error en el que incurre la víctima al haber sido engañada por el sujeto activo.

En este apartado, cabe hacer mención a la teoría de la imputación objetiva, la cual parte del hecho de que la constatación de la relación de “causalidad natural” entre el engaño y el perjuicio patrimonial, aunque necesaria, no es por sí sola suficiente para atribuir el resultado al agente como responsable de la infracción penal<sup>47</sup>. Esta teoría establece unos determinados requisitos: según cierta parte de la doctrina, la acción debe crear un riesgo jurídicamente desaprobado y el perjuicio debe ser la realización de ese riesgo; en este sentido, BAJO FERNÁNDEZ distingue entre si el patrimonio del sujeto pasivo está sometido a los peligros inherentes al ámbito de la competencia mercantil, en cuyo caso el engaño debe implicar un incremento del riesgo jurídicamente desaprobado; o por el contrario, si el patrimonio corresponde al simple ámbito privado en el que no existen los riesgos del mercado competitivo, bastará con que el engaño implique la creación del riesgo<sup>48</sup>. Así pues, el riesgo creado no debe ser un riesgo permitido<sup>49</sup>: en el ámbito mercantil o en el de la publicidad existen determinadas conductas que exageran la realidad para hacerla más atractiva a los ojos de consumidores, lo que no quiere decir que esas conductas sean engañosas y subsumibles en el tipo penal de la estafa, ya que se consideran conductas aceptables socialmente, siempre y cuando no sobrepasen determinados límites.

---

<sup>45</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., en: Pozuelo Pérez, Derecho Penal de la construcción, 2ª ed., 2002, pág. 172.

<sup>46</sup> MANZANARES SAMANIEGO, J.L., Comentarios al Código Penal, 2016, pág. 892.

<sup>47</sup> ARROYO DE LAS HERAS, A., Los delitos de estafa y falsedad documental, 2005, pág. 37.

<sup>48</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M., Los delitos de estafa en el Código Penal, 2004, págs. 38, 56-57.

<sup>49</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J.A., El delito de estafa, 2ª ed., 2009, pág. 95.



A los efectos de realizar el juicio de imputación objetiva, es preciso también que se determine el alcance de protección de la norma<sup>50</sup>. Aquí entra en juego la importancia de los llamados deberes de autoprotección de la víctima, a la que se hará referencia más adelante. Cabe avanzar, sin embargo, que para BAJO FERNÁNDEZ la norma de la estafa no protege a la víctima cuando no desplegó la diligencia que le era exigible y tenía capacidad y posibilidad de autoprotegerse o pretendía un riesgo especulativo<sup>51</sup>. El alcance del tipo de la estafa nos dirá cuándo determinadas acciones de lesión de patrimonios ajenos deben solucionarse en el orden extrapenal, en suma, cuál es la función de protección que está llamada a cumplir el tipo penal<sup>52</sup>.

- c) El engaño ha de ser bastante, es decir, tiene que tener la suficiente entidad e idoneidad para causar error en la víctima y que, como consecuencia de este error, realice un acto de disposición patrimonial que, de haber conocido la realidad, no hubiese llevado a cabo. A la hora de valorar la entidad que ha de tener el engaño para inducir a error, tanto doctrina como jurisprudencia han establecido una doble medida para su valoración, una objetiva y otra subjetiva.

En primer lugar, el engaño se mide a través de un módulo objetivo exigiendo que la maniobra defraudatoria revista apariencia de seriedad y realidad suficiente para defraudar a personas de mediana perspicacia y diligencia<sup>53</sup>. De esta manera se toma en consideración la figura de un hombre medio ideal, descartando de acuerdo con este módulo objetivo la estafa en supuestos de curanderos, exorcistas o brujos.

En otras palabras: de acuerdo con el módulo objetivo, lo que se trata de determinar es si en el caso concreto de estafa el engaño ha tenido la suficiente entidad como para producir error en el sujeto pasivo o, si por el contrario, ese error en el que incurre el sujeto pasivo es consecuencia de su actitud negligente, por no poner los medios de defensa suficientes para evitar el engaño. Así, ARROYO DE LAS HERAS dice que no debe entenderse engaño bastante cuando su eficacia venga determinada no por la entidad del engaño en sí mismo,

---

<sup>50</sup> ARROYO DE LAS HERAS, A., Los delitos de estafa y falsedad documental, 2005, pág. 39.

<sup>51</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M., Los delitos de estafa en el Código Penal, 2004, pág. 41.

<sup>52</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J.A., El delito de estafa, 2ª ed., 2009, pág. 96.

<sup>53</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M., Los delitos de estafa en el Código Penal, 2004, pág. 35.

sino por la conducta del sujeto pasivo al no adoptar estas precauciones mínimas que, en la práctica, son habituales para cubrirse frente a conductas engañosas<sup>54</sup>. Para DOPICO GÓMEZ-ALLER el primer requisito para considerar engaño bastante para producir error en el sujeto es que sea una afirmación contraria a los deberes de veracidad del sujeto<sup>55</sup>.

Y, en segundo lugar, el módulo subjetivo se refiere a las condiciones y circunstancias que rodean a la víctima en el caso concreto. Aquí hay que tener en cuenta factores como la edad de la víctima, si tiene algún trastorno mental, si es un extranjero que no domina bien el idioma, si la víctima se encuentra en una situación de carencia económica, etc. Sin embargo, si el sujeto pasivo es un niño con una edad muy corta o una persona con una discapacidad mental muy grave se suele considerar hurto y no estafa, ya que carece de capacidad jurídica sobre su esfera patrimonial.

La STS 778/2002, de 6 de mayo de 2002, en el F.J. 2º hace referencia a estos módulos objetivo y subjetivo de la siguiente manera: “por lo que hace al engaño podemos entender que será bastante cuando la diligencia del hombre medio se vea sorprendida por el ardid empleado por el sujeto activo de forma que los mecanismos de autodefensa desplegados por el sujeto pasivo no capten la mendacidad del artificio empleado y produzcan error en el mismo (módulo objetivo o abstracto); o bien que la falacia será suficiente cuando el concreto sujeto pasivo o receptor de aquélla haya sido incapaz de advertirla (módulo concreto subjetivo)”. De este modo, “... ni pueden ser desprotegidas penalmente las personas con una aptitud de diligencia inferior al término medio, ni puede entenderse incondicionalmente que el engaño es bastante porque en el caso concreto ha producido error en el sujeto pasivo, pues, de ser así, todo engaño lo sería”.

---

<sup>54</sup> ARROYO DE LAS HERAS, A., Los delitos de estafa y falsedad documental, 2005, pág. 29.

<sup>55</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., en: Pozuelo Pérez, Derecho Penal de la construcción, 2ª ed., 2002, pág. 167.

#### **1.4. Engaño y juicios de valor.**

Es discutido por la doctrina si a través de los juicios de valor se puede engañar al sujeto pasivo de tal modo que pueda llegar a inducirle a error. En este sentido, hay opiniones dispares.

DOPICO GÓMEZ-ALLER sí considera que determinados juicios de valor pueden tener entidad suficiente como para inducir a error a una persona y ser constitutivos de delito de estafa: para que un juicio de valor se considere engaño bastante para producir error, tiene que ser contrario a un deber de veracidad. Así será cuando la función del sujeto en el tráfico sea, precisamente, la de orientar a otros mediante sus juicios de valor especializados. Es el caso, por ejemplo, de quienes ejercen funciones de asesoría, peritaje, etc.<sup>56</sup>.

Sin embargo, BAJO FERNÁNDEZ matiza esta idea afirmando que el juicio de valor u opinión solo puede alcanzar la categoría de engaño idóneo, cuando está presuponiendo falsamente la existencia de unos hechos, porque solo así la conducta del autor supera el riesgo permitido en el delito de estafa<sup>57</sup>. CHOCLÁN MONTALVO rechaza de primeras que los juicios de valor falsos puedan constituir un engaño bastante que induzca a error al sujeto pasivo, pero con una matización importante, ya que según él el juicio de valor falso, por sí solo, no constituye engaño bastante, porque la cautela mínima exige a cada uno formular sus propias valoraciones; sin embargo, cuando se formula en determinada situación, dentro de un contexto más amplio en el que, junto con otras circunstancias, pueda conducir a tener como cierto determinado hecho conforme a un juicio objetivo de razonabilidad, aquel juicio de valor puede formar parte de un comportamiento complejo que cumple los requisitos del engaño típico<sup>58</sup>.

#### **1.5. Deberes de autoprotección de la víctima.**

Dentro de la cuestión del engaño como elemento del delito de estafa, es importante señalar que la víctima tiene unos deberes de autoprotección tendentes a evitar el engaño del sujeto activo. Como se ha dicho anteriormente, el engaño bastante es aquel con la suficiente entidad e idoneidad para causar un error en la víctima, la cuestión es si ese

---

<sup>56</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., en: Pozuelo Pérez, Derecho Penal de la construcción, 2ª ed., 2002, pág. 169.

<sup>57</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M., Los delitos de estafa en el Código Penal, 2004, pág. 43.

<sup>58</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J.A., El delito de estafa, 2ª edición, 2009, págs. 111-112.

error en el que cae la víctima es consecuencia del engaño llevado a cabo por el autor o, por el contrario, es consecuencia de la actitud negligente de la víctima al no haber desplegado las medidas de autoprotección necesarias para vencer ese engaño. CHOCLÁN MONTALVO niega que exista engaño bastante en los casos en que pueda constatarse la infracción de aquellos deberes de protección que le fueran exigibles a la víctima, lo que acontecerá en supuestos en que el error sufrido por la víctima fuere fácilmente evitable mediante un examen cuidadoso de la situación<sup>59</sup>.

Por lo tanto, no habrá delito de estafa en aquellos casos en los que el error en el que caiga la víctima sea consecuencia de su actitud negligente, en otras palabras, de “haberse dejado engañar fácilmente”, por no ser imputable el engaño al delito de estafa, ya que no cumpliría con los requisitos de ser bastante para producir error en la víctima, pues pudiendo esta haber evitado el engaño, no lo hizo. Para que el engaño tenga la suficiente entidad, este debe haber superado los mecanismos de autoprotección de la víctima, de tal manera que aun habiendo adoptado medidas para la protección del patrimonio y evitación del engaño, este tenga la suficiente entidad como para haber conseguido su propósito, que no es otro que el desplazamiento patrimonial de la víctima.

La cuestión ahora es establecer cuándo hay que exigir este comportamiento de evitación del engaño a la víctima: pues bien, eso dependerá de cada caso concreto, teniendo en cuenta las circunstancias en las que se produce el engaño, la relación existente entre el autor y la víctima, las capacidades intelectuales de la víctima, etc. Un ejemplo lo encontramos en el artículo 1484 del Código Civil que establece que el vendedor de la cosa vendida no responderá de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos. Existen unos factores que determinan cuándo son exigibles esos deberes de autoprotección, y son los siguientes: a) cuando una norma

---

<sup>59</sup> *Ibidem*, pág. 138. Frente al enfoque (expuesto en este apartado) que considera los deberes de autoprotección de la víctima como una interpretación (un tanto objetivadora) del concepto de *engaño bastante*, cabe mencionar la perspectiva victimodogmática, la cual trata la cuestión de la medida en la que la contribución responsable de la víctima al resultado típico influye en el ámbito de responsabilidad del autor. En este sentido, expone DOPICO que este enfoque plantea una cuestión de subsidiariedad: la protección *penal* no es necesaria allí donde puede y debe defenderse la propia víctima. Por tanto, este enfoque se centra sobre todo en el comportamiento de la víctima, a la cual se le exigen unos determinados deberes de autodefensa o autoprotección. Vid. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., en: Pozuelo Pérez, Derecho Penal de la construcción, 2ª ed., 2002, pág. 178; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., El delito de estafa, 2ª ed., 2009, pág. 124.

imponga de manera expresa el cuidado debido; b) la accesibilidad a la información veraz, es decir, que la realidad sea accesible a la víctima (por ejemplo, si la información consta en registros públicos); dicha accesibilidad también va a depender de la capacidad individual del sujeto pasivo, ya que no toda la información es fácilmente accesible para todos los sujetos; de esta manera, no deben quedar desprotegidos los sujetos más débiles o con capacidad intelectual inferior; c) cuando, debido a las circunstancias del caso concreto, el sujeto pasivo tenga motivos para dudar de la veracidad de la información que le proporciona el sujeto activo<sup>60</sup>.

En este sentido, la STS 523/1998, de 24 de marzo de 1999, en su F.J. 2º estableció que “no se estimarán suficientes los artificios engañosos, si el sujeto pasivo del mismo hubiese podido descubrir el fraude mediante una actividad de comprobación de la realidad de las prestaciones entregadas o prometidas fraudulentamente por el promotor del engaño, y si tal actividad de comprobación le era exigible por su cualificación empresarial”. Vamos a detenernos en esta última frase: “si tal actividad de comprobación le era exigible por su cualificación empresarial”, porque claro está que no se le exigen los mismos deberes de protección a una persona con una perspicacia media que a un profesional de un determinado sector (por ejemplo, un perito, un abogado, un arquitecto) que es conocedor de una materia específica o al que, por su profesión, se le exigen dentro de su ámbito profesional unas mínimas medidas de protección<sup>61</sup>. Un ejemplo muy ilustrativo de esto nos lo da la STS 1285/1998, de 29 de octubre de 1998, en la cual el Tribunal Supremo negó la existencia de engaño bastante en el delito de estafa en un caso en el que la acusada acudió a una determinada entidad financiera con una libreta de ahorros propiedad de su suegra, su esposo y su cuñada, y valiéndose de la misma, sustrajo cantidades de dinero imitando la firma de su suegra, sin comprobar la empleada de la entidad la autenticidad de la firma y sin exigir ninguna identificación a la acusada.

Como conclusión (y en conexión con el juicio de imputación objetiva), el engaño será bastante e idóneo para producir el error cuando, examinados *ex ante* desde la óptica de un observador imparcial la conducta, las circunstancias y particularmente los deberes de

---

<sup>60</sup> *Ibidem*, pág. 139.

<sup>61</sup> Véase DOPICO GÓMEZ.ALLER, J., en: Pozuelo Pérez, Derecho Penal de la construcción, 2ª ed., 2002, págs. 182 y ss.

autoprotección que incumbían al engañado, supone aquella el riesgo que luego se concreta en el resultado<sup>62</sup>.

## **2. El error.**

Encontramos varios conceptos del error como elemento típico del delito de estafa: para BAJO FERNÁNDEZ el error es un conocimiento viciado de la realidad<sup>65</sup>; para CHOCLÁN MONTALVO es un estado psicológico de la víctima, una representación inexacta de la realidad<sup>66</sup>; y ARROYO DE LAS HERAS lo define como una situación intelectual, provocada por el engaño, que supone una discordancia entre la representación de la realidad por parte del sujeto pasivo y la realidad misma<sup>67</sup>.

Algunos autores, como DOPICO, no consideran el error como un elemento típico del delito de estafa, sino más bien estiman que el error cumple una función desde el punto de vista de la imputación del resultado a la conducta típica (concreción del riesgo típico en el resultado)<sup>68</sup>.

El error puede consistir tanto en un desconocimiento de la realidad como en un conocimiento deformado de la misma por parte del sujeto pasivo, siempre y cuando dicho error sea consecuencia del engaño perpetrado por el sujeto activo, lo que lleva a la víctima a realizar un acto de disposición patrimonial<sup>69</sup>.

Cronológicamente, el error debe anteceder al acto de disposición patrimonial, es decir, el acto de disposición que realiza la víctima debe ser consecuencia del error en el que se encuentra la misma. Alguna doctrina considera que también es típica la conducta que mantiene un error generado en la esfera de la víctima, aumentando de modo relevante el riesgo de lesión del bien jurídico e induciendo a la disposición patrimonial<sup>70</sup>. En este caso, se habla del mantenimiento del estado de error en el que ya se encontraba la víctima por parte del sujeto activo, de tal forma que en estos casos el sujeto activo no

---

<sup>62</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M., Los delitos de estafa en el Código Penal, 2004, pág. 41.

<sup>65</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M., Los delitos de estafa en el Código Penal, 2004, pág. 46.

<sup>66</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J.A., El delito de estafa, 2ª edición, 2009, pág. 175.

<sup>67</sup> ARROYO DE LAS HERAS, A., Los delitos de estafa y falsedad documental, 2005, pág. 30.

<sup>68</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., en: Pozuelo Pérez, Derecho Penal de la construcción, 2ª ed., 2002, pág. 170.

<sup>69</sup> ARROYO DE LAS HERAS, A., Los delitos de estafa y falsedad documental, 2005, pág. 30.

<sup>70</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J.A., El delito de estafa, 2ª ed., 2009, pág. 175.

crea un error en la víctima, quien después realiza un acto de disposición patrimonial, sino que mantiene, a través de sus actos, el error en el que la víctima se encuentra. Esta posición no es aceptada por parte de toda la doctrina: los hay quienes consideran que, para que haya delito de estafa, el sujeto activo tiene que crear un estado de error en la víctima a través de hechos engañosos que le lleven a realizar el acto de disposición patrimonial. No es suficiente en estos casos con el mero mantenimiento del estado de error en el que se encuentra la víctima, sino que se debe aumentar, en modo jurídicamente desaprobado, el peligro de lesión del bien jurídico<sup>71</sup>. A la hora de valorar si existe o no delito de estafa en estos casos, lo esencialmente relevante será determinar si la situación de la víctima, así como su patrimonio, empeoraron debido a la actuación del sujeto activo; si no fue así, no habrá delito de estafa. Es el propio artículo 248.1 del CP el que establece que se utiliza el engaño bastante para inducir a un acto de disposición patrimonial, produciendo error en otra persona, por lo que el acto de inducción podrá tener lugar en cualquier momento, siempre y cuando sea antecedente al acto de disposición patrimonial.

Sin embargo, el desconocimiento absoluto por parte de la víctima no constituye delito de estafa en los casos en los que el error procede de la ignorancia absoluta del sujeto o de creencias previas adoptadas por el mismo, en cuyo caso el engaño no entraña riesgo típico alguno<sup>72</sup>.

El elemento del error es un vicio del consentimiento del sujeto pasivo, por lo que para que sea válido, se requiere que la víctima tenga esa capacidad de consentir, es decir, que tenga una capacidad mínima jurídicamente reconocida de disposición de las cosas; si la víctima es un menor o un enfermo mental, el engaño que determina que una persona en esta situación entregue una cosa se considera por la doctrina dominante como hurto y no como estafa<sup>73</sup>. Pero esta capacidad jurídica de la víctima no se refiere a los requisitos de capacidad del Derecho Civil, sino a la capacidad natural del sujeto pasivo para entender y conocer lo que está sucediendo.

El error en el que cae el sujeto pasivo debe ser imprevisible, es decir, que aun cuando la víctima ha actuado de manera diligente y tomando todas las precauciones necesarias, estas no han sido suficientes y el engaño del sujeto activo ha tenido la suficiente entidad

---

<sup>71</sup> *Ibidem*, pág. 180.

<sup>72</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M., Los delitos de estafa en el Código Penal, 2004, pág. 47.

<sup>73</sup> MUÑOZ CONDE, F., DP, PE, 21ª ed., 2017, págs. 376-377.

como para inducir a error a la víctima. De esta manera recae sobre la víctima la responsabilidad, como se ha dicho en el punto anterior, de desplegar los mecanismos de protección necesarios para que el engaño del sujeto activo no vicie el consentimiento de la víctima y evitar así la estafa.

### **3. Acto de disposición patrimonial.**

El acto de disposición patrimonial es una consecuencia directa del estado de error en el que se encuentra la víctima del delito de estafa; dicho estado de error ha sido producido por un engaño del sujeto activo, quien a través de dicho elemento ha conseguido el fin propuesto, el acto de disposición patrimonial. La peculiaridad del delito de estafa estriba en que este acto de disposición patrimonial lo lleva a cabo el sujeto pasivo de manera voluntaria, aunque esa voluntad se encuentre viciada por el error al que le ha inducido el sujeto activo.

CHOCLÁN MONTALVO nos da una definición de acto de disposición patrimonial bastante completa, según la cual acto de disposición patrimonial es todo comportamiento por el cual el titular del patrimonio, o del derecho de disposición sobre él, con la finalidad de cumplimiento de determinados fines, hace que el elemento patrimonial de que se trate salga de la esfera de dominio de su titular, entrando ilícitamente en la esfera de dominio del autor del delito<sup>74</sup>.

Este acto de disposición patrimonial puede consistir tanto en llevar a cabo una acción (entregar una cosa, una cantidad de dinero, prestar un determinado servicio), así como en no hacer una cosa (renunciar a un crédito). Así, la STS 68/1996, de 2 de febrero, establece que “...tanto da entregar algo que no era debido en virtud de una maniobra engañosa, como el no recibir por haberse hecho creer erróneamente que ya se había entregado una prestación a la que tenía derecho” (F.J. nº 1). Como requisito del delito de estafa, será necesario que el acto de disposición patrimonial tenga un valor económicamente evaluable, es decir, que pueda cuantificarse en dinero. Por lo tanto, la disposición patrimonial no es igual a desplazamiento patrimonial (como ocurre, por ejemplo, en los delitos de hurto o robo, donde se lleva a cabo un desplazamiento patrimonial de un determinado objeto), ya que como he dicho anteriormente, hay

---

<sup>74</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J.A., El delito de estafa, 2ª ed., 2009, pág. 187.



disposición patrimonial -pero no desplazamiento patrimonial- cuando se presta un servicio<sup>75</sup>.

El tipo de la estafa no requiere que quien realiza el acto de disposición patrimonial y el perjudicado sean la misma persona. Así lo dice el artículo 248 del CP, “...acto de disposición en perjuicio propio o ajeno” es lo que se denomina la estafa en triángulo. Aquí nos encontramos con tres figuras: el autor del delito de estafa, la víctima del engaño producido por el autor (sujeto pasivo de la acción), y el perjudicado del delito (sujeto pasivo del delito), es decir, la persona que ha visto reducido su patrimonio económicamente hablando.

Al hilo de lo anterior, es un tema discutido si es necesario que la persona disponente tenga una disposición fáctica o debe ser una disposición jurídica. La doctrina mayoritaria considera que no es necesario que el disponente tenga una disposición jurídica sobre el elemento del patrimonio sobre el cual realiza el acto de disposición, poniendo como ejemplo el caso del sirviente que entrega al autor de la estafa la cosa que en su nombre le es pedida<sup>76</sup>. Sin embargo, CHOCLÁN MONTALVO se aparta de la doctrina mayoritaria y considera necesario que el disponente sí que tenga una disposición jurídica sobre el elemento patrimonial y no una mera disposición fáctica; entre sus razones de justificación, destaca que la estafa requiere que la disposición haya sido realizada con la voluntad de su dueño, aunque esa voluntad se encuentre viciada por motivo del error<sup>77</sup>.

Además, el acto de disposición, calificable de estafa, existe pese a la ilicitud de la posesión originaria de la cosa, de modo que no es ilógico castigar al ladrón por su robo o al traficante de drogas por dicho tráfico y al que de ellos obtiene con el engaño la entrega de tales objetos, por estafa. Cuando el hecho base de la estafa tiene causa ilícita, el defraudado carece de acción civil de reparación, pero existe delito de estafa<sup>78</sup>. Sin embargo, contraria a esta postura se mantiene la STS 655/1997, de 13 de mayo, en su F.J. nº 2, al disponer que “la protección solo se extiende a las disposiciones patrimoniales que tienen lugar en el marco de un negocio jurídico lícito, en el sentido del artículo 1275 del CC o de una situación que no contradiga los valores del orden

---

<sup>75</sup> *Idem*.

<sup>76</sup> En este sentido véase BAJO FERNÁNDEZ, M., Los delitos de estafa en el Código Penal, 2004, pág. 49.

<sup>77</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J.A., El delito de estafa, 2ª ed., pág. 189.

<sup>78</sup> RIVES SEVA, A.P., El delito de estafa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo [en línea]. Barcelona, editorial vLex, 2013, pág. 82. Disponible en: <http://www.vlex.com> [consulta: 25/10/18].

jurídico. Por lo tanto, allí donde el ordenamiento jurídico no proporciona una acción para la protección de determinados valores y bienes económicos, el derecho penal no debe intervenir”.

#### **4. Perjuicio.**

El perjuicio es la consecuencia final del estado de engaño en el que se encuentra el sujeto pasivo, por el cual realiza un acto de disposición patrimonial y, consecuentemente, sufre un perjuicio patrimonial. La determinación del perjuicio sufrido se lleva a cabo comparando el patrimonio del sujeto pasivo del delito antes y después del acto de disposición patrimonial. En consecuencia, como señala BAJO FERNÁNDEZ, la compensación patrimonial elimina el perjuicio y, por tanto, el delito de estafa<sup>79</sup>. Hay compensación cuando se entrega exactamente la misma cosa o el valor económico de la misma<sup>80</sup>.

Una definición muy completa nos la da BALMACEDA HOYOS, según el cual el perjuicio patrimonial en el delito de estafa consiste en toda “disminución del patrimonio” (determinada o determinable), siempre valorable económicamente, del engañado o de un tercero, debiendo en todo caso consistir en la realización del riesgo creado o aumentado por el engaño (que se encuentre dentro de la esfera de protección de la norma del delito de estafa)<sup>81</sup>.

Como ya se ha señalado, el tipo del delito de estafa no requiere que el engañado y el perjudicado sea la misma persona. La diferencia radica en que el engañado es el sujeto pasivo de la acción de engaño llevada a cabo por el sujeto activo, y el perjudicado es el sujeto pasivo del delito de estafa, es decir, es aquella persona que sufre un menoscabo en su patrimonio.

Ahora bien, desde algunos sectores doctrinales y jurisprudenciales se ha afirmado que el perjuicio sufrido por el sujeto pasivo en su patrimonio no tiene por qué ser estrictamente económico, ya que, como hemos visto en el capítulo anterior, existe un concepto personal de patrimonio, según el cual este constituye una unidad personalmente

---

<sup>79</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M., Los delitos de estafa en el Código Penal, 2004, pág. 49.

<sup>80</sup> *Ibidem*, pág. 50.

<sup>81</sup> BALMACEDA HOYOS, G., RESJ, nº 2, 2011, 198.

estructurada, que sirve al desarrollo de la persona en el ámbito económico<sup>82</sup>. Por lo tanto, existe estafa y perjuicio en el caso tan famoso del aceite de colza, ya que los afectados compraron aceite para uso comestible que resultó no serlo, aunque lo hiciesen al mismo precio de mercado. Económicamente no hubo un menoscabo en el patrimonio de los afectados, pero sí que se frustraron sus expectativas, en tanto que el aceite adquirido no era válido para el uso pretendido.

En este sentido, GALLEGO SOLER coincide en que el perjuicio puede consistir también, junto con la pérdida material de bienes actuales, en la frustración del fin económico, que está englobado no solo por aquellas motivaciones que tienden a aumentar o mantener el patrimonio, sino también por aquellos fines que sirven al desarrollo de la persona en el ámbito patrimonial<sup>83</sup>.

Por lo tanto, y a manera de resumen, podemos decir que existe perjuicio patrimonial del sujeto pasivo de dos formas: a) un perjuicio meramente económico, que se determina comparando el patrimonio antes y después del delito de estafa, y que existirá cuando haya una disminución económica del patrimonio, y b) un perjuicio en el patrimonio en sentido personal, que se determina cuando el fin propuesto por el sujeto pasivo ha sido frustrado por el engaño del sujeto activo.

En cuanto al tema de las expectativas o, mejor dicho, lo que se denomina el lucro cesante, se dice que no constituyen perjuicio patrimonial, pero BAJO FERNÁNDEZ aclara este tema afirmando que los lucros o las ganancias que corresponden a la entrega de una cosa o la prestación de un servicio sí constituyen un perjuicio, ya que al frustrarse dichas ganancias o lucros desaparece el valor económico del patrimonio<sup>84</sup>. Con otras palabras, si a consecuencia del engaño producido por el sujeto activo, la víctima entrega una cosa o presta un servicio que le conllevaba una determinada ganancia con un valor económico, al perder la cosa o prestar el servicio, disminuye económicamente su patrimonio.

---

<sup>82</sup> RIVES SEVA, A.P., El delito de estafa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo [en línea], 2013, pág. 88. Véase *supra* capítulo I, apartado 3.5.

<sup>83</sup> GALLEGO SOLER, J.I., Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial, 2002, págs. 366-367.

<sup>84</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M., Los delitos de estafa en el Código Penal, 2004, pág. 52.

Por último, se entiende que el perjuicio no es una condición objetiva de punibilidad, sino un elemento del tipo penal, por lo que no desaparece por el pago posterior de la suma defraudada ni por la declaración expresa de haber sido reparado<sup>85</sup>.

---

<sup>85</sup> LEYTON JIMENEZ, J.F., ABEA, nº 10, 2010, pág. 153.

### **CAPÍTULO III. ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO BÁSICO DEL DELITO DE ESTAFA.**

En este capítulo voy a tratar los elementos subjetivos que componen el delito de estafa: el ánimo de lucro y el dolo. Dentro de este último, me referiré al dolo civil en conexión con el delito de estafa.

Como ya se apuntó, en estos elementos se incluye el contenido de la voluntad que rige la acción (fin, selección de medios y efectos concomitantes). Los elementos subjetivos, a diferencia de los objetivos analizados en el capítulo anterior, resultan mucho más complicados de probar, ya que pueden deducirse de las acciones llevadas a cabo por el autor del delito, pero no se pueden observar<sup>87</sup>.

#### **1. Ánimo de lucro.**

El ánimo de lucro es uno de los elementos subjetivos del delito de estafa, además de ser uno de los elementos esenciales, ya que está incluido en la redacción del artículo 248 del CP, considerándose necesario para poder calificar la acción de delito de estafa.

El ánimo de lucro es sinónimo de beneficio o enriquecimiento, el cual no tiene por qué ser equivalente al perjuicio causado a la víctima y, dentro del ánimo de lucro se incluye también la evitación de un gasto<sup>88</sup>. Por lo tanto, no cabe la estafa a título de imprudencia: primero, porque al ser el ánimo de lucro un elemento consciente e intencional, resulta incompatible con la comisión imprudente; en segundo lugar, nuestro actual CP ha establecido un sistema *numerus clausus* donde la imprudencia solo cabe para determinados delitos cuando está expresamente tipificada (v. art. 12 CP), lo que no sucede en el delito de estafa.

ARROYO DE LAS HERAS nos da una definición de ánimo de lucro, según la cual debe entenderse como propósito por parte del infractor de obtener una ventaja patrimonial correlativa, aunque no necesariamente equivalente, al perjuicio ocasionado, eliminándose, pues (como ya se ha indicado), la incriminación a título de imprudencia<sup>89</sup>. Debido a que el ánimo de lucro es un elemento subjetivo, más bien psicológico (ya que

---

<sup>87</sup> MUÑOZ CONDE, F./GARCIA ARAN, M., DP, PG, 9ª ed., 2015, pág. 257.

<sup>88</sup> DOPICO GÓMEZ.ALLER, J., en: Pozuelo Pérez (dir.), Derecho Penal de la construcción, 2ª ed., 2002, pág. 242.

<sup>89</sup> ARROYO DE LAS HERAS, A., Los delitos de estafa y falsedad documental, 2005, pág. 20.

es el ánimo que lleva al autor del delito a llevarlo a cabo) no se requiere que el beneficio o el provecho se logre<sup>90</sup>. Así se entiende de la STS 646/2001 de 17 de abril de 2001 cuando dice en su F.J. nº 1: “El ánimo de lucro, como delito patrimonial que es, integrará el contenido del tipo subjetivo del injusto. Ahora bien, tal tendencia subjetiva, no implica que el enriquecimiento del culpable se haya efectivamente producido. Eso, de suceder, afectaría al agotamiento del delito. Basta con estar guiada su actuación por tal propósito”.

La jurisprudencia da una definición más amplia del ánimo de lucro que ARROYO DE LAS HERAS. Destaca la STS 94/1995, de 31 de enero, según la cual “por ánimo de lucro, a los efectos de apreciar la existencia del delito de estafa, ha de entenderse cualquier ventaja, provecho, beneficio o utilidad que se proponga obtener el agente, inclusión hecha de los meramente contemplativos o de ulterior beneficencia, lo que no ha dejado de ser criterio discutido y discutible, más [sic] en cualquier caso no hace falta que se pretenda la obtención de lucro propio, pues basta con que el sujeto activo de la infracción trate con su conducta injusta de beneficiar a un tercero, quizás en la forma de cooperación necesaria al lucro ajeno”.

En principio, el ánimo de lucro se refiere a la cosa como valor económicamente evaluable; es decir, como consecuencia del acto de disposición patrimonial, el sujeto pasivo entrega una cosa al sujeto activo, con la que este último pretende obtener un beneficio económico. Por ello, si el sujeto activo obtiene provecho de la destrucción de la cosa, no estaríamos ante un delito de estafa, sino ante un delito de daños<sup>91</sup>. Sin embargo, a criterio del Tribunal Supremo, este beneficio no tiene por qué ser económico necesariamente, sino que puede consistir en cualquier clase de ventaja. Tampoco habrá ánimo de lucro si se obtiene una cosa para uso temporal, sin la intención de obtener un beneficio ilícito.

El enriquecimiento perseguido por el sujeto debe ser injusto<sup>92</sup>. Esto significa que no será punible el delito de estafa cuando el sujeto recupera una cosa de su propiedad utilizando medios insidiosos o engañosos para ello. Así es como lo establece el art. 455 del CP, el cual dice así: “El que, para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con

---

<sup>90</sup> BALMACEDA HOYOS, G., RESJ, nº 2, 2011, pág. 208.

<sup>91</sup> En este sentido, véase BAJO FERNÁNDEZ, M., Los delitos de estafa en el Código Penal, 2004, pág. 54.

<sup>92</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J.A., El delito de estafa, 2ª edición, 2009, pág. 228.

la pena de multa de seis a doce meses”. Como vemos, dicho artículo castiga con una pena pecuniaria a aquel que para recuperar un derecho que es suyo emplease violencia, intimidación o fuerza, pero no al que utilizase medios engañosos para ello.

El enriquecimiento obtenido por el sujeto activo puede ser propio o puede ser ajeno, ya que el artículo 248 del CP solo se refiere a quien “con ánimo de lucro”. Por lo tanto, es posible que el autor haya realizado todos los elementos del tipo de la estafa, pero que el beneficio obtenido por el acto de disposición patrimonial sea para una tercera persona: en este caso no estaríamos ante una autoría mediata, pues no estamos ante un supuesto de “instrumento doloso sin intención”, sino autoría directa de quien realiza el aporte objetivo<sup>93</sup>.

Aunque resulta muy complicado demostrar que el sujeto activo ha obrado impulsado por un ánimo de enriquecerse o beneficiarse económicamente a costa del acto de disposición patrimonial llevado a cabo por la víctima, ya que el ánimo de lucro es más bien un elemento psicológico, ha de entenderse que será necesaria su prueba y habrá de constar como tal hecho probado en la sentencia<sup>94</sup>. A la hora de valorar si existe el elemento subjetivo del ánimo de lucro, se tienen en cuenta como prueba indiciaria tanto los hechos llevados a cabo por el autor como los beneficios que este ha obtenido debido a la entrega de la cosa por parte de la víctima, tal y como expuso la STS de 30 de enero de 1987<sup>95</sup>.

## **2. Dolo.**

El dolo se refiere a la intención y a la conciencia del sujeto activo de engañar al sujeto pasivo para que este realice un acto de disposición patrimonial que conlleve la producción de un perjuicio tanto para él como para un tercero. El error sobre los elementos objetivos del tipo (error de tipo) excluye el dolo y, con ello, la posibilidad de una pena por estafa<sup>96</sup>.

El Tribunal Supremo en la Sentencia de 21 de octubre de 2002 ha señalado que “el dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su

---

<sup>93</sup> *Ibidem*, pág. 230.

<sup>94</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M., Los delitos de estafa en el Código Penal, 2004, págs. 55-56.

<sup>95</sup> RIVES SEVA, A.P., El delito de estafa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo [en línea], 2013, pág. 102..

<sup>96</sup> DOPICO GÓMEZ.ALLER, J., en: Pozuelo Pérez (dir.), Derecho Penal de la construcción, 2ª ed., 2002, pág. 235.

maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado, y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima, secundado de la correspondiente voluntad realizativa”.

El delito de estafa es un delito de enriquecimiento injusto; por lo tanto, el dolo del autor del delito está encaminado a dicho enriquecimiento, no al perjuicio que consecuentemente va a producir a la víctima, el cual no es el fin buscado por el autor, sino el propósito de enriquecerse él mismo o a una tercera persona como consecuencia del engaño producido a la víctima que le ha llevado a realizar el acto de disposición patrimonial. Es decir, basta el *animus decipendi* (ánimo de engañar), sin necesidad de un *animus nocendi* (ánimo de dañar)<sup>98</sup>.

El dolo es un elemento subjetivo que debe anteceder (o ser simultáneo) al engaño, por lo que no cabe en el tipo de la estafa el dolo subsequens: así lo aclara la STS 133/2002, de 8 de febrero de 2002, en su F.J. nº 2 al decir que “...el «dolo subsequens» es el que se fundamenta en un conocimiento que el autor adquiere después de realizada la acción y que, consecuentemente, no permite configurar el dolo que debe concurrir en el momento de actuar.” PÉREZ DEL VALLE hace una excepción al dolo subsequens en aquellos casos de omisión impropia, cuando el dolo concurre con posterioridad al error y la disposición patrimonial del supuesto perjudicado<sup>99</sup>.

Esta idea se manifiesta en la STS nº 215/2004, de 23 de febrero de 2004, con toda claridad en su FJ 3º: “el dolo del agente tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente en cuanto al tipo de estafa se refiere el dolo subsequens, es decir, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate”.

La posibilidad de que quepa delito de estafa con dolo eventual, es decir, cuando el sujeto se plantea como altamente probable la posibilidad de perjudicar a la víctima, pero no lo sepa con certeza, ha sido un tema muy discutido: ARROYO DE LAS HERAS entiende que sí cabe dolo eventual, ya que en el dolo eventual el sujeto activo del delito consiente el resultado lesivo de la acción, lo asume y toma a su cargo voluntariamente

---

<sup>98</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J.A., El delito de estafa, 2ª ed., 2009, pág. 222.

<sup>99</sup> PÉREZ DEL VALLE, C., La prueba del dolo en la estafa. Comentario a la STS 393/1996, de 8 de mayo, ADPCP, nº 49, 1996, pág. 825.



(con conocimiento de su significación antijurídica)<sup>100</sup>. En contra de esta posición se encuentra MANZANARES SAMANIEGO quien defiende que la exigencia del ánimo de lucro impide la comisión de la estafa por dolo eventual<sup>101</sup>.

## **2.1. Dolo civil y dolo penal.**

La cuestión aquí planteada hace referencia a si un contrato viciado por el engaño solo produce la consecuencia de nulidad del consentimiento propia del art. 1269 ss CC o puede considerarse también como constitutivo de delito de estafa descrito en los artículos 248 y siguientes del CP<sup>103</sup> (trayendo a colación aquí los negocios jurídicos criminalizados, a los cuales ya se hizo referencia en el capítulo anterior)<sup>104</sup>. A continuación, vamos a exponer las diferencias tanto conceptuales como consecuencias jurídicas existentes entre el llamado dolo penal y el dolo civil según nuestro ordenamiento jurídico, que en realidad no son otras que las diferencias entre dolo civil y el delito de estafa en el ámbito contractual.

El artículo 1269 del CC nos dice que “hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho”. El siguiente artículo 1270 del mismo cuerpo legal establece las consecuencias jurídicas del dolo civil: cuando el dolo sea grave y no haya sido utilizado por las dos partes, dará lugar a la nulidad del contrato; sin embargo, el dolo incidental conlleva la indemnización por daños y perjuicios.

En cambio, el delito de estafa se castiga según el artículo 249 del CP con la pena de prisión de 6 meses a 3 años, si excede la cuantía de lo defraudado de 400 euros, y si no, con la pena de multa de uno a tres meses.

Como recuerda DOPICO GÓMEZ-ALLER, tanto doctrina como jurisprudencia han ido dando respuesta a la distinción entre dolo civil y dolo penal (estafa) desde diferentes

---

<sup>100</sup> ARROYO DE LAS HERAS, A., Los delitos de estafa y falsedad documental, 2005, pág. 22.

<sup>101</sup> MANZANARES SAMANIEGO, J.L., Comentarios al Código Penal, 2016, pág. 895.

<sup>103</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M. Los delitos de estafa en el Código Penal, 2004, pág. 70.

<sup>104</sup> Vid. *supra*, capítulo II, apartado 1.3.

puntos de vista, unos más acertados que otros<sup>105</sup>. A continuación se hará un resumen de las más importantes, sin ánimo de exhaustividad.

- a) En primer lugar, la jurisprudencia ha establecido la diferencia entre dolo civil y penal por el momento en el que aparece el elemento subjetivo del dolo, de tal manera que si el dolo del sujeto activo es anterior al engaño y precedente al negocio jurídico que se va a llevar a cabo, estaremos ante un delito de estafa. En cambio, si el dolo aparece después del negocio jurídico, estamos ante un dolo meramente civil. Así, el Tribunal Supremo (SSTS 1427/1997, de 17 de noviembre, 1543/2005, de 29 de diciembre, entre otras) ha apuntado que los negocios civiles o mercantiles quedan criminalizados cuando el sujeto activo simula desde el principio el propósito de contratar con otra persona, cuando lo verdaderamente apetecido es aprovecharse del cumplimiento de la otra parte contratante, pero sin intención de cumplir la suya<sup>106</sup>; es decir, si desde el principio de la celebración del negocio jurídico existía la intención no de contratar con la otra parte, sino de hacerla creer que se quería contratar para luego engañarla y aprovecharse y obtener algún beneficio de dicho incumplimiento, el negocio queda criminalizado y podemos hablar de delito de estafa.

Para CHOCLÁN MONTALVO este criterio no es concluyente, ya que considera que el Tribunal Supremo no tiene en cuenta que, junto al dolo en el incumplimiento de las obligaciones que surge para el contratante después del contrato, también contempla el Derecho Civil el dolo antecedente que vicia la voluntad de uno de los contratantes y que previene el artículo 1269 del CC<sup>107</sup>. DOPICO también considera inservible este criterio, porque solo permite distinguir la estafa del dolo de incumplimiento obligacional y no del dolo-vicio, que por consistir en la inducción insidiosa a la celebración de un contrato debe, por definición, preceder a su conclusión<sup>108</sup>.

---

<sup>105</sup> Véase al respecto la exposición efectuada por DOPICO GÓMEZ-ALLER, en: Pozuelo Pérez (dir.), Derecho Penal de la construcción, 2ª ed. 2002, págs. 217 y ss., y que sirve de buena medida en base para los párrafos que siguen.

<sup>106</sup> RIVES SEVA, A.P., El delito de estafa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo [en línea], 2013, pág. 11.

<sup>107</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J.A., El delito de estafa, 2ª edición, 2009, pág. 104.

<sup>108</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., en: Pozuelo Pérez, Derecho Penal de la construcción, 2ª ed., 2002, pág. 219.

- b) El Tribunal Supremo en alguna de sus sentencias ha establecido que habrá estafa donde el contrato sea una “pura ficción al servicio del fraude a través del cual se crea un negocio vacío que encierra realmente una asechanza al patrimonio ajeno”; por ejemplo, STS nº 503/2000, de 28 de marzo. Para DOPICO este criterio debe ser rechazado, ya que según este autor “hay sin duda estafa en los casos de negocios vacíos o puramente aparentes que solo encubren un fraude; pero también pueden darse estafas en el seno de una relación negocial real”<sup>109</sup>.
- c) Otra de las consideraciones a la hora de distinguir entre dolo civil y penal es el grado de engaño llevado a cabo por el sujeto activo: de esta forma, se entendería que existe estafa cuando el engaño versa sobre elementos esenciales del contrato y que existe dolo civil cuando el engaño incide sobre elementos incidentales. Es decir, si el autor ha llevado a cabo un engaño más elaborado y maquinado estaremos ante una estafa; sin embargo, si el autor ha engañado al sujeto pasivo mediante una simple mentira o ha omitido cierta información, estaremos ante dolo civil. Este criterio es, sin embargo, bastante inexacto, ya que (como hemos dicho en capítulos anteriores) para que haya estafa no se requiere que el engaño tenga determinada elaboración, basta con que sea un engaño bastante para producir error en la víctima. Es más, “como señala el Tribunal Supremo, cabe cometer estafa incluso mediante afirmaciones tácitas, mensajes que se integran con el contexto o con elementos no verbales”<sup>110</sup>.
- d) La STS nº 1427/1997, de 17 de noviembre de 1997, en su FJ 2º indica que “La línea divisoria entre en dolo penal y el dolo civil en los delitos contra el patrimonio, se sitúa la tipicidad, de modo que únicamente si la conducta del agente se incardina en el precepto penal tipificado del delito de estafa es punible la acción, no suponiendo ello criminalizar todo incumplimiento contractual, porque el ordenamiento jurídico establece remedios para restablecer el imperio del Derecho cuando es conculcado por vicios puramente civiles...”, también la STS nº 814/2005, de 14 de junio de 2005 establece la tipicidad como delimitación entre dolo civil y penal.

---

<sup>109</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., Estafa y dolo civil: criterios para su delimitación, *Dereito*, nº 1, 2012, pág. 12.

<sup>110</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., en: Pozuelo Pérez, Derecho Penal de la construcción, 2ª ed., 2002, pág. 222.

Siguiendo el tema de la tipicidad reflejado en la sentencia anterior, BAJO FERNÁNDEZ está de acuerdo en que con la delimitación entre dolo penal y civil se trata de un problema de tipicidad, de tal modo que habrá que estar a cada caso concreto para ver si se cumplen los elementos que el tipo delictivo exige para la concurrencia de una responsabilidad criminal. En caso de que el hecho se pueda subsumir en los preceptos de la nulidad civil del contrato y en los que regulan la estafa, se producirá un concurso de leyes (art. 8 del CP) cuya solución ha de obedecer al principio de especialidad, siendo norma especial el Código Penal<sup>111</sup>.

Vistos los diversos puntos de vista dados tanto por jurisprudencia como por doctrina, es claro que la distinción entre dolo civil y penal es una tarea muy complicada y hasta hoy no se ha llegado a una solución pacífica para delimitar ambos tipos de dolo; sin embargo, la jurisprudencia reconoce que la distinción entre dolo civil y penal es meramente circunstancial, obligando en cada caso y supuesto a examinar y ponderar cuidadosamente cuantos factores concurren<sup>112</sup>, es decir, habrá que estar al caso y a las circunstancias concretas.

Finalmente, la STS 1117/1996, de 31 de diciembre dice: “En el simple dolo civil es necesario que existan palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes que inducen al otro a celebrar el contrato, pero permanece una posibilidad, aunque remota, de cumplir lo convenido, mientras que el dolo penal aparece cuando, en función de las circunstancias perfectamente conocidas por el autor del incumplimiento, se tiene la convicción de que la prestación asumida se presenta imposible o altamente problemática”.

Como ejemplo ilustrativo que puede ayudar a ver más claramente la diferencia entre un dolo meramente civil y un delito de estafa, me voy a referir a la SAP nº 6936/2000, de Barcelona de 6 de octubre de 2000. En dicha sentencia la víctima adquirió una vivienda a una empresa fiándose de un documento que le presentaron representantes de esta en el que se hacía constar que la vivienda no estaba afectada por aluminosis. Dicho documento era una falsificación corregida del documento real donde sí aparecía que la vivienda padecía aluminosis. La Audiencia no condenó penalmente a nadie porque no

---

<sup>111</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M., Los delitos de estafa en el Código Penal, 2004, págs. 70-71.

<sup>112</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J.A., El delito de estafa, 2ª edición, 2009, pág. 105.

se pudo determinar qué empleado había engañado a la víctima<sup>113</sup>; pero esto no excluyó la responsabilidad de la empresa por dolo civil, ya que uno de sus empleados llevó a cabo las maquinaciones insidiosas a las que se refiere el artículo 1.269 CC.

---

<sup>113</sup> Hoy en día, tras las reformas en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, esta única circunstancia no habría impedido la condena a la persona jurídica, en virtud del art. 31 ter del CP.

## **CAPÍTULO IV. PENALIDAD DEL DELITO DE ESTAFA.**

La pena establecida para el delito de estafa varía según las circunstancias en las que se cometió el delito, así como según el valor de lo defraudado. Los artículos destinados a la estafa reflejan cada una de las penas atendiendo a diversos factores.

El artículo 249 del CP establece la pena de prisión de 6 meses a 3 años: según este, a la hora de establecer esta pena se tendrán en cuenta las circunstancias en las que se cometió el delito de estafa; y añade el párrafo siguiente que, si la cuantía de lo defraudado no supera los 400 euros, la pena será de multa de 1 a 3 meses.

A la hora de fijar la pena del tipo básico se establecen determinados criterios: (i) en primer lugar, el importe defraudado (sin olvidar además que, como ya se ha comentado, si el importe no supera los 400 euros la pena será de multa, mientras que si supera los 50.000 euros se elevará en los términos que se verán *ex art. 250.1.5º CP*); (ii) el quebranto económico causado al perjudicado, es decir, la situación económica en la que quedan la víctima o su familia debido a la acción de la estafa llevada a cabo por el delincuente; (iii) las relaciones entre el autor y la víctima, esto es, la circunstancia de si no existía ningún tipo de relación entre ambos o, por el contrario, si el autor se aprovechó de la relación existente para cometer el delito de estafa; (iv) y por último, los medios empleados por el autor, que variarán la fijación de la pena atendiendo a su mayor o menor gravedad.

El artículo 250 del mismo cuerpo legal eleva la pena de prisión de 1 a 6 años y multa de 6 a 12 meses en los casos mencionados en dicho artículo, que son los siguientes:

1. Cuando recaiga en bienes de primera necesidad, vivienda u otros bienes de reconocida utilidad social.
1. Cuando se lleve a cabo abusando de la firma de otro, o sustrayendo, ocultando o inutilizando algún proceso, expediente, protocolo o documento público u oficial de cualquier clase.
2. Cuando recaiga sobre bienes integrados en el patrimonio artístico, científico, histórico o cultural.
3. Cuando revista de especial gravedad atendiendo a la entidad del perjuicio y a la situación económica en que haya quedado la víctima o su familia.

4. Si la cantidad defraudada supera los 50.000 euros o afecta a un elevado número de personas.
5. Cuando se cometa estafa abusando de las relaciones existentes entre víctima y defraudador, o aprovechando su credibilidad empresarial o profesional.
6. Cuando se cometa estafa procesal.
7. Cuando el culpable al delinquir haya sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos de los comprendidos en el capítulo relativo a las defraudaciones.

El apartado segundo de este mismo artículo establece que si el importe de lo defraudado superara los 250.000 euros, la pena será de 4 a 8 años de prisión y multa de 12 a 24 meses. La misma pena se impondrá en el caso de que concurran, junto con la circunstancia 1ª, las incluidas en los numerales 4.º, 5.º, 6.º o 7.º.

El artículo 251 del CP, por último, establece la pena de prisión de 1 a 4 años para aquellos casos en los que el sujeto activo (i) se atribuya falsamente sobre una cosa mueble o inmueble una facultad de disposición de la que carece (bien por no haberla tenido nunca, bien por haberla ya ejercitado) y la gravare, enajenare o arrendare en perjuicio de otro; (ii) disponga de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma, o, habiéndola enajenado como libre, la gravare o enajenare nuevamente antes de la definitiva transmisión al adquirente, en perjuicio de este o de un tercero; y (iii) otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado.

### **1. La llamada “excusa absolutoria” del artículo 268 del CP.**

El artículo 268 del CP establece: “Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad”. El apartado segundo del citado artículo no aplica esta disposición a los extraños que participen en el delito.

El ámbito objetivo donde opera esta excusa absolutoria o condición personal de exclusión de la punibilidad es el de los delitos patrimoniales en los que no concurra

violencia o intimidación. Por ello, “quedan al margen de esta excusa, entre otros delitos (los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, los relativos al mercado y a los consumidores, los delitos societarios y el delito de receptación)”<sup>114</sup>. Hay que tener en cuenta que tras la última reforma también queda fuera del ámbito de aplicación de esta excusa los delitos patrimoniales en que se haya abusado de la vulnerabilidad de la víctima (por motivos de edad o discapacidad), lo que podría afectar a algunas estafas concretas.

La STS 618/2010, de 23 de junio de 2010, establece en su FJ 1º que “la razón de ser de la excusa absolutoria de los delitos contra la propiedad que no impliquen violencia ni intimidación entre los parientes incluidos en la excusa absolutoria del artículo 268 del vigente CP, equivalente al artículo 564 del anterior CP, se encuentra en una razón de política criminal que exige no criminalizar actos efectuados en el seno de grupos familiares unidos por fuertes lazos de sangre...”.

Respecto del ámbito subjetivo, para que opere la excusa absolutoria se tienen que dar los requisitos establecidos en el artículo 268 del CP. Por lo tanto, el delito debe cometerse contra cualquiera de los parientes que establece dicho artículo. Pero la pregunta es: ¿es necesaria la convivencia entre los parientes para poder aplicar la excusa absolutoria? CHOCLÁN MONTALVO no considera necesaria la convivencia cuando se trata de otros parientes de los mencionados en el artículo 268 (ascendientes, descendientes y hermanos)<sup>115</sup>. El Tribunal Supremo ha indicado expresamente en el acuerdo adoptado en el Pleno no jurisdiccional de 15 de diciembre de 2000 que “no se exige la convivencia entre hermanos para la aplicación de la excusa absolutoria del artículo 268 del CP”.

La jurisprudencia ha establecido la posibilidad de aplicar la excusa absolutoria no solo a los matrimonios que no se hallen en las situaciones indicadas en el art. 268 CP (es decir, separación legal o de hecho, proceso judicial de separación, divorcio o nulidad), sino también a los casos de relaciones estables de pareja, ya que son asimilables a una relación matrimonial. La STS 91/2005, de 28 de enero de 2005, estableció “...como límite de incuestionable concurrencia la existencia de una situación de estabilidad que pudiera equiparar ambas situaciones. De igual modo, tal vínculo ha de subsistir para que pueda darse entrada a este privilegio, del mismo modo que ocurre con las personas

---

<sup>114</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J.A., El delito de estafa, 2ª ed., 2009, pág. 428.

<sup>115</sup> *Ibidem*, pág. 429.



unidas en matrimonio, sin que puedan ampararse en el mismo cuando concurre una situación de separación legal o de hecho...”. Esta idea quedó asimismo reproducida en el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2005.

La Audiencia Provincial de Huelva dictó sentencia 23/2016, de 22 de febrero de 2016, donde falló declarando absuelto al acusado por el delito de estafa procesal en la cual concurría la excusa absolutoria del artículo 268 del CP, y además consideró que existía falta de legitimación por parte de la acusación particular (que era la hermana del acusado). En cuanto a la excusa absolutoria, dicha sentencia esboza la cuestión del momento procesal en el que se puede plantear, resolviendo en este aspecto que “es posible plantearla en la fase preliminar al plenario, impidiendo así la innecesaria celebración del juicio por delito que, en caso de probarse, no es perseguible penalmente y además no es preciso para poder determinar la responsabilidad civil cuyo pronunciamiento expreso exige el artículo 268 del CP...”. De la misma manera, la STS 91/2006, de 30 de enero, estableció que “debió haber operado la excusa absolutoria en la fase de instrucción de la causa habiéndose impedido [...] la celebración del juicio”.

## CAPÍTULO VI. FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN

El artículo 61 del CP nos dice que: “Cuando la Ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada”.

Podemos distinguir dos tipos de consumación: una formal y otra material. Por consumación formal, “se entiende la plena realización del tipo en todos sus elementos”. En aquellos delitos de resultado la consumación se produce cuando se lleva a cabo el resultado (por ejemplo, la muerte de una persona). Por otro lado, en la consumación material, también denominada agotamiento o terminación, además de realizar todos los elementos del tipo, el sujeto llega más allá: consigue satisfacer la intención que buscaba<sup>116</sup>. En este último caso, como ejemplo de ello podemos destacar quien, además de cometer la estafa y conseguir el acto de disposición patrimonial, se lucra o enriquece con ello.

En cuanto a la consumación en el delito de estafa, en principio tiene lugar con la producción del perjuicio patrimonial para el sujeto pasivo del delito<sup>117</sup>. La jurisprudencia ha sostenido que se produce cuando el sujeto realiza el acto de disposición patrimonial, debido al estado de error en el que se encuentra, y el autor obtiene la disposición de la cosa ajena<sup>118</sup>. Así se establece en la STS nº 104/2001, de 30 de enero de 2001, en su F.J 2º: “La determinación de los distintos momentos del iter criminis en los delitos de estafa ha planteado con frecuencia dificultades interpretativas pero la doctrina es coincidente al situar la consumación, por regla general, cuando se realiza la totalidad de los elementos del tipo de injusto y se produce el resultado típico, esto es, el desplazamiento patrimonial con el perjuicio y enriquecimiento consiguientes. Así se ha mantenido en los últimos años en la jurisprudencia de esta Sala, antes y después de la entrada en vigor del CP de 1995, en una línea sostenida, con las debidas matizaciones: La consumación se produce cuando el ardid opera causalmente, concretándose el perjuicio patrimonial ajeno por el desplazamiento del bien económico conseguido por el agente (S. 7-7- 81). El delito se consume en cuanto se produce la «traditio» patrimonial, en cuanto el sujeto pasivo se desprende de objeto o valor mueble,

---

<sup>116</sup> MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., DP, PG, 9ª ed., 2015, pág. 411.

<sup>117</sup> DOPICO GÓMEZ.ALLER, J., en: Pozuelo Pérez, Derecho Penal de la construcción, 2ª ed., 2002, pág. 233; GALLEGU SOLER, J. I/HORTAL IBARRA, J.C., Actividad económica y delitos patrimoniales, en: Corcoy Bidasolo/Gómez Martín (dirs.), Manual de Derecho Penal, Económico y de Empresa Parte General y Parte Especial Tomo 2 [libro electrónico], Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pág. 355.

<sup>118</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M., Los delitos de estafa en el Código Penal, 2004, pág. 66.

en este caso dinero, estimulado por el cebo engañoso ofrecido ya hay perjuicio.....desde que el dinero ajeno pasó a su disposición ( S. 26- 11-93 n° 2649) cuando se realiza el acto de disposición por parte del engañado ( SS. 21-5-97 y 30-5-97); la estafa no es un delito formal y no se consuma hasta que se produce el resultado apetecido por el infractor (S. 27-1-98).”

BAJO FERNÁNDEZ observa que también existe perjuicio patrimonial cuando el patrimonio del sujeto pasivo queda obligado a responder por una relación jurídica cualquiera<sup>120</sup>. En este sentido la STS 1216/1998, de 21 de octubre de 1998 establece que “quien incorpora a su patrimonio una obligación (suscrita por engaño) sufre una disminución patrimonial en el sentido de la estafa, siendo suficiente con que el patrimonio del sujeto pasivo haya quedado obligado a responder por una relación jurídica cualquiera”.

Sin embargo, hay determinadas conductas que son punibles y relevantes penalmente, pero que no constituyen el delito consumado. Estamos hablando de las formas imperfectas de ejecución de los delitos (actos preparatorios punibles y tentativa), que serán objeto de estudio brevemente a lo largo del siguiente capítulo.

## **1. Actos preparatorios punibles.**

Es importante en este punto distinguir entre actos preparatorios y actos ejecutivos. Por norma general, los actos preparatorios no son relevantes penalmente y, por lo tanto, no son punibles. Se exceptúan de ello, por un lado, aquellos que expresamente están tipificados como determinados preceptos penales y que sí conllevan una pena asociada (por ejemplo, tenencia de explosivos del artículo 568 del CP, o tenencia de útiles o materiales para falsificaciones del artículo 400 del CP): se trata de los llamados “delitos preparatorios”. Por otro lado, y con independencia de lo anterior, nuestro Código Penal solo castiga los actos preparatorios de conspiración, proposición y provocación (incluyendo la apología) cuando expresamente lo prevea el CP en su parte especial. Más específicamente, el artículo 269 del CP castiga los actos preparatorios anteriormente mencionados para el delito de estafa con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito consumado. A continuación analizaremos cada uno de ellos.

---

<sup>120</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M., Los delitos de estafa en el Código Penal, 2004, pág. 67.

La línea divisoria entre los actos preparatorios y los de ejecución se encuentra determinada por el riesgo o la puesta en peligro del bien jurídicamente protegido, de tal manera que dicha línea divisoria podrá encontrarse tan sólo, según ARROYO DE LAS HERAS, partiendo de la idea de que “la ejecución del delito comienza con aquellos actos que de por sí representan un riesgo efectivo para el bien jurídico de que se trate”<sup>121</sup>.

### **1.1. Conspiración.**

El concepto de conspiración lo encontramos en el artículo 17 del CP, según el cual: “La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo”.

La conspiración requiere de un concierto previo de voluntades entre los sujetos intervinientes referida tanto a la toma de decisión para la comisión de un hecho delictivo concreto, como para la posterior ejecución del mismo en la que participarán todos los conspiradores.

El acuerdo puede ser expreso o tácito, previo o simultáneo a la ejecución del hecho y ello fundamenta el principio de imputación objetiva que faculta el que toda actuación sea imputable a los distintos intervinientes con independencia del papel que en el hecho hayan llevado a cabo.

Aquí se plantea el problema de distinguir entre la conspiración y la asociación ilícita que tenga por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión, prevista expresamente en el artículo 515.1º del CP. ARROYO DE LAS HERAS nos ayuda a esclarecer este aspecto ya que, según él, la diferenciación reside en el carácter transitorio de la conspiración, frente a la de mayor estabilidad que caracteriza la asociación ilícita<sup>122</sup>.

### **1.2. Proposición.**

Según el artículo 17.2 del CP “la proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a participar en él.”

---

<sup>121</sup> ARROYO DE LAS HERAS, A., Los delitos de estafa y falsedad documental, 2005, pág. 45.

<sup>122</sup> *Ibidem*, pág. 47.

Según algunos autores, el proponente es el que incita a otro a la comisión de un delito determinado o concreto, participando el proponente en la ejecución del hecho, lo que determina que si el sujeto al que se le propone la comisión del hecho acepta y se inicia la fase de ejecución se transforman en coautores. Otra doctrina, sin embargo, considera como proposición también aquellas incitaciones en las que el proponente no desea tomar parte de la ejecución<sup>124</sup>.

En la proposición no es necesario que la persona a la que se invita a llevar a cabo el delito sea penalmente imputable, ya que se trata de la voluntad personal y única del que propone manifestada a otro u otros para encontrar cooperación en la realización del delito<sup>125</sup>.

### **1.3. Provocación.**

El artículo 18.1 del CP establece que “la provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito.”

Aunque la provocación al delito de estafa se encuentra tipificada en el Código Penal, no son muchos los casos en los que se da esta circunstancia. De hecho, DOPICO entiende inexplicable la punición de la provocación para estafar<sup>126</sup>.

## **2. Tentativa**

La tentativa aparece regulada en nuestro Código Penal en el artículo 16, según el cual: “Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.”

La tentativa supone que el autor ya ha dado comienzo a la ejecución del delito llevando a cabo el acto inmediatamente anterior a la acción típica conforme a su plan, pero no consigue la consumación del mismo, por causas independientes a su voluntad.

---

<sup>124</sup> MIR PUIG, S. Derecho penal, parte general, 10ª ed., Barcelona, Reppertor, 2016, págs. 352-353.

<sup>125</sup> ARROYO DE LAS HERAS, A., Los delitos de estafa y falsedad documental, 2005, pág. 47.

<sup>126</sup> DOPICO GÓMEZ.ALLER, J., en: Pozuelo Pérez, Derecho Penal de la construcción, 2ª ed., 2002, pág. 235.

Dentro de la tentativa podemos diferenciar varios tipos en el delito de estafa:

- i) la tentativa acabada: se refiere a la realización por parte del autor de todos los actos que deberían producir el resultado. En el caso que nos ocupa, el autor lleva a cabo todos los actos encaminados a cometer el delito de estafa, pero por causas ajenas a su voluntad, el sujeto pasivo no lleva a cabo el acto de disposición patrimonial;
- ii) la tentativa inacabada: se refiere a la realización de parte de esos actos;
- iii) tentativa inidónea: a diferencia de la tentativa idónea, tiene lugar cuando la consumación o el resultado *de entrada* no se pueden producir, porque el sujeto, los medios utilizados o el objeto son incapaces o inadecuados para ello. En el caso del delito de estafa, DOPICO opina que no se suele entender punible la estafa inidónea por *inidoneidad del engaño*, ya que el propio precepto penal exige un determinado nivel de relevancia del error<sup>127</sup>.
- iv) tentativa irreal: se trata de aquellos casos en los que, frente a la tentativa inidónea, no solo o se puede lograr de entrada la consumación o el resultado, sino que la conducta carece de la más mínima peligrosidad objetiva *ex ante* para el bien jurídico, por ejemplo porque son medios supersticiosos<sup>128</sup>. Se trata de una tentativa impune.

En relación con el delito de estafa, uno de los problemas que se plantean es determinar cuándo se da comienzo a la ejecución del delito, es decir, valorar si existen actos de ejecución. Para ARROYO DE LAS HERAS la tentativa de estafa requiere el comienzo de la ejecución del engaño<sup>130</sup>. CHOCLÁN MONTALVO establece la diferenciación entre la tentativa acabada e inacabada en que “se haya realizado o no por el autor el comportamiento engañoso”<sup>131</sup>.

El apartado 2 del artículo 16 del CP establece que: “Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin

---

<sup>127</sup> *Ibidem*, pág. 234.

<sup>128</sup> MIR PUIG, S., DP, PG, 10ª ed., 2016, págs. 365-366.

<sup>130</sup> ARROYO DE LAS HERAS, A., Los delitos de estafa y falsedad documental, 2005, pág. 49.

<sup>131</sup> CHOCLÁN MONTALVO, J.A., El delito de estafa, 2ª ed., 2009, pág. 193.

perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito”. Por lo tanto, aquella persona que, antes de que se produzca la consumación del delito, desista del mismo por voluntad propia y evite la producción del mismo, quedará impune del delito de estafa. Para que se dé esta impunidad deben concurrir dos requisitos: la voluntariedad del desistimiento y la evitación de la consumación<sup>132</sup>.

En este sentido la STS 618/2018, de 4 de diciembre de 2018, establece en su FJ 2ª: “En todo caso, para la aplicación del art. 16.2 y 3 del Código Penal, es preciso que el desistimiento de la acción delictiva emprendida sea consecuencia de una decisión personal y plenamente voluntaria del agente. Por ello, la doctrina entiende que el desistimiento no es libre cuando el autor renuncia a su propósito a causa de la aparición de impedimentos con los que no contaba, y aunque, en principio, tales impedimentos pudieran calificarse de absolutos o de relativos, la jurisprudencia viene considerando que en ambos casos debe excluirse, en principio, la hipótesis del desistimiento voluntario”.

---

<sup>132</sup> MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., DP, PG, 9ª ed., 2015, pág. 423.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.** El delito de estafa ha sufrido a lo largo de los años diversas modificaciones legislativas en cuanto a su concepto y a la pena establecida; sin embargo, no es hasta la LO 8/1983 cuando el legislador da una definición mucho más exacta del delito de estafa, y es aquí cuando se introducen dos elementos del delito de estafa: el engaño bastante y el error.

Es nuestro Código Penal actual, que mantiene la misma definición de delito de estafa que la LO 8/1983, el que introduce la estafa informática en su artículo 248.2, a la que se unirán otras modalidades equiparadas en posteriores reformas. Otro de los cambios significativos de la LO 10/1995 es la sustitución de la antigua rúbrica “de las estafas y otros engaños” por “de las estafas”. Asimismo, deja fuera del Capítulo referente a las defraudaciones las “insolvencias punibles” y los delitos relativos a la “propiedad intelectual e industrial”, que el anterior Código establecía en el mismo epígrafe “de las defraudaciones”.

**SEGUNDA.** Es claro que el bien jurídico protegido del delito de estafa es el patrimonio, pero respecto a este tema existe un gran debate acerca del concepto de patrimonio como bien jurídico del delito de estafa. Algunos autores consideran que el patrimonio debe ser entendido como un todo y que cuando se lesiona dicho patrimonio se ataca en su conjunto; sin embargo, otros autores consideran que el patrimonio se compone de bienes individuales y que son estos los que son atacados individualmente, no así de una manera global. Asimismo, hay concepciones jurídicas, económicas, personales y mixtas del patrimonio, siendo estas últimas las mayoritarias entre la doctrina.

**TERCERA.** En cuanto a los sujetos del delito de estafa, encontramos el sujeto activo y el sujeto pasivo (que a su vez se divide en dos). El sujeto activo del delito es quien lleva a cabo la acción y quien finalmente consuma el delito de estafa. El sujeto pasivo en este caso no tiene por qué ser solo una persona, sino que pueden ser dos. Por un lado, cabe hablar del sujeto pasivo de la acción, es decir, aquella persona a la cual el sujeto activo engaña para conseguir el acto de disposición patrimonial; este puede coincidir o no con el sujeto pasivo del delito, que es quien en realidad sufre las consecuencias de la estafa, ya que es quien sufre una disminución en su patrimonio.



**CUARTA.** Los elementos objetivos esenciales del delito de estafa, aquellos que lo definen y sin los cuales el delito pierde su esencia son: i) el engaño, que debe ser precedente al acto de disposición patrimonial y bastante para producir error en el sujeto pasivo; ii) la producción de un error en el sujeto pasivo que le lleve a realizar la disposición patrimonial; iii) el acto de disposición patrimonial y iv) el perjuicio patrimonial para el sujeto pasivo del delito, que no solo consiste en la salida de su patrimonio de un determinado bien o bienes, sino que también puede referirse al estado en el que su patrimonio queda obligado por una relación jurídica cualquiera.

Según la doctrina y la mayoría de la jurisprudencia el engaño puede ser comisivo u omisivo. En el engaño omisivo el sujeto activo no engaña a la víctima con palabras o hechos para darle una apariencia de realidad y conducirlo a error, sino que no le comunica al sujeto pasivo determinadas circunstancias o hechos sobre los que está obligado a informar y que conducen a error al sujeto pasivo, o que, de haberlos conocido, le hubieran hecho modificar su conducta. Este tipo de engaño aparece expresamente previsto en el artículo 251.2º del C.P., el cual se refiere a la estafa por disposición de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma.

El error puede consistir tanto en un desconocimiento de la realidad como en un conocimiento deformado de la misma por parte del sujeto pasivo, siempre y cuando dicho error sea consecuencia del engaño perpetrado por el sujeto activo, lo que lleva a la víctima a realizar un acto de disposición patrimonial.

El acto de disposición patrimonial es una consecuencia directa del estado de error en el que se encuentra la víctima del delito de estafa; dicho estado de error ha sido producido por un engaño del sujeto activo, quien a través de dicho elemento ha conseguido el fin propuesto, el acto de disposición patrimonial. La peculiaridad del delito de estafa estriba en que este acto de disposición patrimonial lo lleva a cabo el sujeto pasivo de manera voluntaria, aunque esa voluntad se encuentre viciada por el error al que le ha inducido el sujeto activo.

El perjuicio es la consecuencia final del estado de engaño en el que se encuentra el sujeto pasivo, por el cual realiza un acto de disposición patrimonial y, consecuentemente, sufre un perjuicio patrimonial. La determinación del perjuicio sufrido se lleva a cabo comparando el patrimonio del sujeto pasivo del delito antes y

después del acto de disposición patrimonial. En consecuencia la compensación patrimonial elimina el perjuicio y, por tanto, el delito de estafa.

**QUINTA.** En cuanto a los elementos subjetivos, estos son complicados de demostrar, aunque están presentes en el delito de estafa, ya que a través de las acciones llevadas a cabo por el sujeto se pueden intuir o deducir, pero no se pueden observar de la misma forma que los elementos subjetivos.

El ánimo de lucro es uno de los elementos subjetivos del delito de estafa, además de ser uno de los elementos esenciales, ya que está incluido en la redacción del artículo 248 del CP, considerándose necesario para poder calificar la acción de delito de estafa.

El ánimo de lucro es sinónimo de beneficio o enriquecimiento, el cual no tiene por qué ser equivalente al perjuicio causado a la víctima y, dentro del ánimo de lucro se incluye también la evitación de un gasto. Por lo tanto, no cabe la estafa a título de imprudencia: primero, porque al ser el ánimo de lucro un elemento consciente e intencional, resulta incompatible con la comisión imprudente; en segundo lugar, nuestro actual CP ha establecido un sistema *numerus clausus* donde la imprudencia solo cabe para determinados delitos cuando está expresamente tipificada (v. art. 12 CP), lo que no sucede en el delito de estafa.

El dolo es un elemento subjetivo que debe anteceder al engaño, por lo que no cabe en el tipo de la estafa el dolo *subsequens*.

Por otro lado, la delimitación entre el dolo civil y el llamado dolo penal (o delito de estafa, en relación con los “negocios jurídicos criminalizados”) no es sencilla, y para ello se han ofrecido diversos criterios. Para la jurisprudencia del Tribunal Supremo los negocios civiles o mercantiles quedan criminalizados “cuando el sujeto activo simula desde el principio el propósito de contratar con otra persona, cuando lo verdaderamente apetecido es aprovecharse del cumplimiento de la otra parte contratante, pero sin intención de cumplir la suya”.

**SEXTA.** En el delito de estafa rige la denominada “excusa absolutoria” o condición personal de exclusión de la punibilidad del art. 268 CP. Esta cláusula indica que se encuentran exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y

hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad.

**SÉPTIMA.** El delito de estafa en su fase de consumación se produce cuando el sujeto pasivo sufre el perjuicio patrimonial, que se da cuando se produce el acto de disposición patrimonial. Cuestión distinta es el agotamiento del delito de estafa, que tiene lugar cuando, una vez realizado el acto de disposición patrimonial, el autor del delito se lucra o se enriquece.

En relación con fases anteriores del *iter criminis*, cabe destacar que el artículo 269 del CP castiga los actos preparatorios de conspiración, proposición y provocación para el delito de estafa con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito consumado. En cuanto a la tentativa, rigen las reglas habituales, y resultan punibles tanto la tentativa inacaba como la acabada, así como la tentativa idónea y la inidónea (salvo algunas modalidades de esta última por inidoneidad del engaño). La tentativa irreal queda impune.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO DE LAS HERAS, A., Los delitos de estafa y falsedad documental, ed. Bosch, Barcelona, 2005.
- ASUA BATARRITA, A., 1993, El daño patrimonial en la estafa de prestaciones unilaterales (subvenciones, donaciones, gratificaciones): La teoría frustrada del fin, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, nº 1, 1993, pp. 81-166.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., Los delitos de estafa en el Código Penal, editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004.
- BALMACEDA HOYOS, G., El delito de estafa: una necesaria normativización de sus elementos típicos, Revista de Estudios Socio-Jurídicos, nº 2, 2011, volumen 13, pp. 163-219.
- CHOCLÁN MONTALVO, J.A., El delito de estafa, 2ª edición, ed. Bosch, Barcelona, 2009.
- COBO DEL ROSAL, M., Comentarios al Código Penal, ed. Edersa, Tomo VIII, Madrid.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., Estafa y dolo civil: criterios para su delimitación, Dereito, nº 1, 2012, pp. 7-35.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., Los delitos de estafa en el tráfico inmobiliario, en: Pozuelo Pérez (dir.), Derecho Penal de la Construcción: aspectos urbanísticos, inmobiliarios y de seguridad en el trabajo, 2ª edición, Granada, editorial Comares, 2012, pp. 149-344.
- GALLEGO SOLER, J.I., Responsabilidad penal y perjuicio patrimonial, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- GALLEGO SOLER, J. I/HORTAL IBARRA, J.C., Actividad económica y delitos patrimoniales, en: Corcoy Bidasolo/Gómez Martín (dirs.), Manual de Derecho Penal, Económico y de Empresa Parte General y Parte Especial Tomo 2 [libro electrónico], Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, págs. 229-268.
- LEYTON JIMÉNEZ, J.F., Los elementos típicos del delito de estafa en la doctrina y jurisprudencia contemporáneas, Ars boni et aequi, nº 10, 2010, pp. 123-161.
- MANZANARES SAMANIEGO, J.L., Comentarios al Código Penal: tras las Leyes Orgánicas 1/2015 de 30 de marzo y 2/2015 de 30 de marzo, ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2016.

- MIR PUIG, S., Derecho penal, parte general, 10ª ed., ampliada y revisada, Reppertor, Barcelona, 2016.
- MUÑOZ CONDE, F., Derecho penal. Parte especial, 21ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., Derecho Penal. Parte General, 9ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- PÉREZ DEL VALLE, C., La prueba del dolo en la estafa. Comentario a la STS 393/1996, de 8 de mayo, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, nº 44, 1996, pp. 823-829.
- RIVES SEVA, A.P., Delito de estafa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo [en línea], 2013. Disponible en: [www.vlex.com](http://www.vlex.com)